

ИНТЕРЕСЪ И ПРАВО

СОЧИНЕНІЕ

Д-ра Рудольфа фонъ Іеринга

ЮСТИЦЪ ТАЙНАГО СОВѢТНИКА И ПРОФЕССОРА ГЁТТИНГЕНСКАГО УНИВЕРСИТЕТА.

1) Правоспособность учредителей. 2) Интересъ и право.
3) Непреодолимая сила.

ПРИЛОЖЕНІЯ.

I. ПАССИВНЫЯ ДѢЙСТВІЯ ПРАВЪ. II. ЦѢЛЬ ВЪ ПРАВѢ.

ПЕРЕВОДЪ СЪ НѢМЕЦКАГО.

I.

РУДОЛЬФЪ ФОНЪ ІЕРИНГЪ

И

ФЕЛИКСЪ ДАНЪ.

Изъ современнаго правовѣдѣнія.

II.

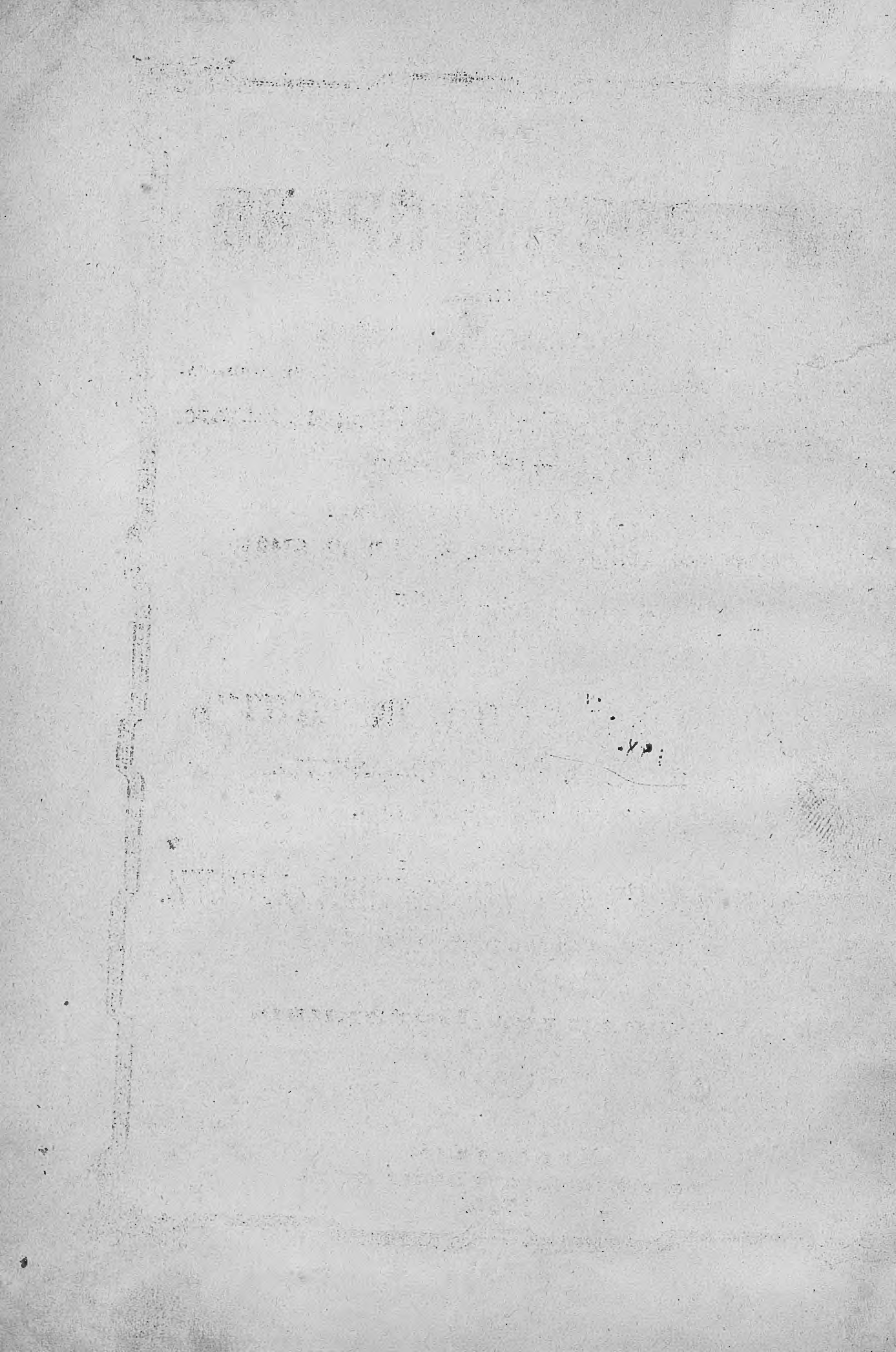
УЧРЕДИТЕЛЬСТВО и ЖЕЛѢЗНЫЯ ДОРОГИ.

Очеркъ желѣзнодорожнаго права.

СТАТЬИ

Александра Борзенко.

Ярославль.
ТИПОГРАФІЯ ГУБЕРНСКОЙ ЗЕМСКОЙ УПРАВЫ.
1880.



ИНТЕРЕСЪ И ПРАВО

СОЧИНЕНІЕ

Д-ра Рудольфа фонъ Іеринга

ЮСТИЦЪ ТАЙНАГО СОВѢТНИКА И ПРОФЕССОРА ГÖТТИНГЕНСКАГО УНИВЕРСИТЕТА.

1) Правоспособность учредителей. 2) Интересъ и право. 3) Непреодолимая сила.

ПРИЛОЖЕНІЯ.

I. ПАССИВНЫЯ ДѢЙСТВІЯ ПРАВЪ. II. ЦѢЛЬ ВЪ ПРАВѢ.

ПЕРЕВОДЪ СЪ НѢМЕЦКАГО.

I.

РУДОЛЬФЪ ФОНЪ ІЕРИНГЪ
и
ФЕЛИКСЪ ДАНЪ.

Изъ современнаго правовѣдѣнія.

II.

УЧРЕДИТЕЛЬСТВО и ЖЕЛѢЗНЫЯ ДОРОГИ.

Очеркъ желѣзнодорожнаго права.

СТАТЬИ

Александра Борзенко.

Ярославль.
ТИПОГРАФІЯ ГУБЕРНСКОЙ ЗЕМСКОЙ УПРАВЫ.
1880.

Печатано по опредѣленію Совѣта Демидовскаго Юридическаго Лицея, 10-го февраля 1880.

Директоръ М. Капустинъ.



ПОСВЯЩАЮ

ПАМЯТИ МОЕГО ОТЦА.

ОБЗОРЪ СОДЕРЖАНІЯ.

Стран.

УЧРЕДИТЕЛЬСТВО и ЖЕЛѢЗНЫЯ ДОРОГИ.

Очеркъ желѣзнодорожнаго права.

Статья **Александра Борзенко.**

НЕОБХОДИМОЕ ОБЪЯСНЕНІЕ.

.... interest nostra animum liberorum nostrorum non corrumpi.
(l. 14 § 1 de serv. corr. 11. 3).

Рудольфъ фонъ Іерингъ, — «одинъ изъ величайшихъ юристовъ XIX ст.», — пользуется громаднымъ вліяніемъ въ средѣ образованнаго русскаго общества. За послѣднее десятилѣтіе нѣтъ почти ни одного юридическаго изслѣдованія, написаннаго на русскомъ языкѣ, къ какой-бы отрасли правовѣдѣнія оно ни относилось, гдѣ ученіе Рудольфа фонъ Іеринга не имѣло-бы первенствующаго значенія. Одни писатели считаютъ, что они ему обязаны тѣмъ правильнымъ пониманіемъ права, которое, по ихъ увѣренію, проявляется въ ихъ собственныхъ изслѣдованіяхъ и, въ пророческомъ предвидѣніи, выражаютъ непоколебимое убѣжденіе, что успѣхъ *новаго* направленія въ правовѣдѣніи не подлежитъ сомнѣнію. «Мы не можемъ не выразить глубокой признательности первому юристу нашего времени, такъ какъ его вліянію мы обязаны тѣмъ, что оставили точку зрѣнія господствующей теоріи права и вступили на почву, которой, мы увѣрены въ этомъ, принадлежитъ все будущее юридической науки» (Ю. Гамбаровъ, общественный интересъ въ гражданскомъ правѣ, XVII). Другіе писатели заявляютъ кратко и просто, — sans phrases, — «признаю я себя ученикомъ Іеринга». (О Эйхельманъ, военное занятіе, введеніе).

Многіе профессора римскаго права, занимающіе въ настоящее время каѳедру этой науки въ нашихъ университетахъ, дѣйствительно были слушателями уважаемаго германскаго ученаго и сохранили до сихъ поръ съ нимъ связь. Ежегодно въ аудиторіи Рудольфа фонъ Іеринга появляются новые слушатели изъ Россіи, встрѣчая со стороны гёттингенскаго профессора привѣтливый прі-

емъ и дѣятельное руководство въ занятіяхъ, если кто пожелаетъ ближе и глубже познакомиться съ наукой права.

Сочувственное отношеніе русскаго образованнаго общества къ Рудольфу фонъ Іерингу побудило насъ предпринять переводъ сравнительно небольшаго его труда, но который носитъ на себѣ всѣ отличительныя особенности геніальныхъ дарованій автора.

«Мнѣніе объ искѣ учредителей гэйской желѣзной дороги къ центральному обществу желѣзныхъ дорогъ въ Швейцаріи» дало поводъ Рудольфу фонъ Іерингу создать новый институтъ въ правѣ—«*учредительство*», который не имѣлъ до сихъ поръ ни законодательнаго опредѣленія, ни научнаго признанія. «*Учредительство*» составляетъ первую часть «мнѣнія». «Учредительство» навело Рудольфа фонъ Іеринга на изученіе вопроса о томъ, какое значеніе имѣетъ въ правѣ интересъ управомоченнаго, такъ какъ «учредители» общественныхъ предпріятій не только не заинтересованы личными выгодами въ успѣхѣ начатаго ими дѣла, но всякій честный «учредитель» почелъ-бы для себя оскорбительнымъ самое подозрѣніе о возможности съ его стороны корыстныхъ разсчетовъ. «*Интересъ и право*» составляютъ вторую часть «мнѣнія». Преобладающее значеніе этой части «мнѣнія» надъ остальными дало намъ мысль озаглавить русскій его переводъ двумя словами: «*интересъ и право*», думая такимъ образомъ сблизить названіе изслѣдованія съ его содержаніемъ. Третья и послѣдняя часть «мнѣнія» посвящена частному вопросу о «*непреодолимой силѣ*» (vis major).

«Мнѣніе» имѣетъ еще тотъ особый интересъ, что оно появилось послѣ выхода въ свѣтъ перваго тома извѣстнаго труда Рудольфа фонъ Іеринга—«Zweck im Recht» и составляетъ переходную стадію ко второму его тому. Для облегченія русскому читателю справокъ съ тѣми ссылками, которыя дѣлаетъ Рудольфъ фонъ Іерингъ въ своемъ «мнѣніи» на первый томъ «Zweck» и также на другое изслѣдованіе, непосредственно предшествовавшее этому большому труду,—именно «passive Wirkungen der Rechte,—мы даемъ въ отдѣлѣ «приложеній» обширныя выписки въ переводѣ изъ этихъ двухъ сочиненій.

«Мнѣніе о гэйской желѣзной дорогѣ» побудило насъ пойти еще далѣе. Въ немъ затронуты нѣкоторые вопросы желѣзнодорожнаго права, ближайшее знакомство съ которыми можетъ послужить къ болѣе точному пониманію «мнѣнія» Рудольфа фонъ Іеринга.

Поэтому мы присоединили къ переводу «мнѣнія» нашу статью *«учредительство и желѣзныя дороги»*.

Въ заключеніе, еще одно замѣчаніе.

Выдающееся мѣсто, занятое въ современномъ правовѣдѣніи Рудольфомъ фонъ Іерингомъ,—этимъ «реалистическимъ героемъ»,—возбуждаетъ у насъ въ Россіи поистинѣ «буддистическое» почитаніе, но сильно оспаривается въ Германіи и во Франціи.

«Положенія» Рудольфа фонъ Іеринга подвергаются критическому анализу, на основаніи котораго утверждаетъ, что онъ не создалъ *новаго* направленія въ правовѣдѣніи, но сдѣлалъ поворотъ къ старой школѣ естественнаго права. Рѣшительнѣе другихъ высказались противъ «положеній» Рудольфа фонъ Іеринга сначала Феликсъ Данъ, а за нимъ А. Тонъ, выставивъ противъ его *«реализма»* свой *«раціонализмъ»*, противъ его *«закона цѣли»* (Zweckgesetz) свой *«законъ причинности»* (Causalitätsgesetz), потому что «цѣль» есть только «ближайшая причина» дѣйствія (causa cogens).— Они замѣняютъ реалистическое *«принужденіе»* (Zwang) въ правѣ раціоналистическимъ *«признаніемъ»* (Anerkennung) разумности правопорядка.

Мы употребили выраженіе «раціонализмъ» съ цѣлью указать на противоположность «реализму», а не для того, чтобы вернуться къ отвлеченнымъ понятіямъ школы естественнаго права. Мы употребили выраженіе «раціонализмъ» за неимѣніемъ болѣе соотвѣтствующаго нашей мысли выраженія въ нашей научной терминологіи и вслѣдствіе опасенія ввести сюда новое выраженіе *«историзмъ»*, которое всего ближе подходитъ къ развиваемому у Феликса Дана направленію, предлагающаго ввести при изученіи права «сочетаніе *историзма* (Historismus) и діалектическаго умозрѣнія, напередъ скромно сознаваясь въ ограниченности человѣческаго пониманія» [1]).

«Историзмъ» въ правѣ есть такой методъ его изученія, по которому право разсматривается, какъ явленіе, возникающее изъ требованій разума (ideale Nothwendigkeit) и внѣшней необходимости (reale Noth), на развитіе котораго имѣетъ вліяніе не одна только

---

[1]) D a h n, Vernunft im Recht, стр. 12: «in der Combination des «H i s t o r i s m u s» mit dialektischer Speculation, bei bescheidener (Kantischer) Erkenntniss der Relativität alles menschlichen Erkennens leuchtet mir die Zukunft der Rechtsphilosophie».

идея національности, какъ думала историческая школа, согласно съ ученіями Савиньи и Эйкгорна, но и другіе моменты, куда относятся — религія, хозяйственный порядокъ, климатъ, — словомъ, всѣ существующія въ данное время и мѣстѣ историческія условія вліяютъ на особенности правопорядка.

Рудольфъ фонъ Іерингъ ищетъ признаки свободы человѣческой воли въ произвольно избираемой имъ цѣли. Феликсъ Данъ считаетъ, что цѣль есть ближайшая причина дѣйствія и не зависитъ отъ воли человѣка; онъ принимаетъ причину дѣйствія, какъ нѣчто данное,—во-первыхъ, индивидуальными особенностями каждаго,—во-вторыхъ, историческими условіями общества. Воля кроется *въ разумномъ предрасположеніи* (Potenz) человѣческой природы. Конечно, это разумное предрасположеніе можетъ быть подавлено, оно можетъ заглохнуть среди неблагопріятныхъ внѣшнихъ условій, но оно свѣтлымъ лучомъ отмѣчаетъ *человѣка* среди остальныхъ твореній въ мірозданіи;—кому дано его хоть разъ увидѣть, тотъ его никогда не забудетъ, какъ не забыть нѣжнаго аромата дорогихъ духовъ, хотя-бы онъ и былъ заглушенъ иными, быть можетъ болѣе реальными, вѣяніями.

Во франціи ученіе Рудольфа фонъ Іеринга, не вызывая столь живой вѣры, какъ у насъ, русскихъ, въ предстоящее господство его теоріи, въ ожиданіи котораго спѣшатъ зарекомендовать себя провозвѣстниками новаго направленія,—во Франціи сочиненія Рудольфа фонъ Іеринга болѣе изучаются нежели у насъ, въ Россіи. Главный его трудъ «духъ римскаго права» уже вполнѣ переведенъ на французскій языкъ О. де Моленеромъ (O. de Meulenaere), у насъ-же это еще далеко не сдѣлано. Французская научная критика признаетъ въ Рудольфѣ фонъ Іерингѣ значеніе главы новой историчеекой школы въ Германіи и высоко ставитъ его сочиненіе, воспроизводящее древнее римское право съ его отличительными особенностями въ процессѣ и юридическихъ сдѣлкахъ. «Единство процесса (Individualitätsmoment, Geist, § 51), идея сосредоточенія для юридическихъ сдѣлокъ (der Gedanke der Concetration des Rechtsgeschäfts, ib. § 53), ихъ односторонній и отвлеченный характеръ (Gedanke der Einseitigkeit der Rechtsverhältnisse, ib. § 54 и § 55)»,— всѣ эти «положенія» стали драгоцѣннымъ пріобрѣтеніемъ въ наукѣ права и получаютъ все болѣе и болѣе распространяющееся признаніе. Этого нельзя сказать относительно даннаго Рудольфомъ фонъ

Ірингомъ опредѣленія понятія права. Въ оцѣнкѣ этой части «духа римскаго права» французскій ученый Ларнодъ (F. Larnaude) выражается высшей степени сдержанно: «цѣль права, говоритъ Рудольфъ фонъ Ірингъ, есть польза. Не жизнь должна подчиняться принципамъ, но принципы должны сообразоваться съ жизнью. На этомъ основаніи онъ приходитъ къ положенію, которое точно и нѣсколько грубо выражаетъ его теорію: права суть защищенные интересы».

«Такое пониманіе права является одностороннимъ. Конечное примѣненіе его приводитъ къ гибельнымъ послѣдствіямъ (résultats funestes). Къ тому-же необходимо, чтобы защищаемые интересы были интересы законные. Поэтому я болѣе склоненъ замѣтить слишкомъ исключительную идею интереса болѣе истинной идей,—идеей справедливости. Быть можетъ римляне руководились при развитіи своего права идеей пользы, но стоическая философія, а въ особенности христіанство внесли сюда коренное измѣненіе». [1])

Рудольфъ фонъ Ірингъ можетъ возразить своимъ противникамъ въ сдержанномъ и сосредоточенномъ сознаніи своего значенія: прошу васъ говорить обо мнѣ то, что я въ самомъ дѣлѣ совершилъ, ничего не преувеличивая и не скрывая умышленно, потому что вы должны говорить о такомъ человѣкѣ, который если и заблуждался, то дѣлалъ это чрезвычайно искренно и страстно.

....I pray you....
Speak of me as I am; nothing extenuate,
Nor set down aught in malice: than must you speak
Of one, that lov'd not wisely, but too well...

W. Shakspeare, Othello, act V, scene 2.

Мы составимъ себѣ неполное и невѣрное понятіе о *Рудольфѣ фонъ Іерингѣ*, не противопоставивъ ему *Феликса Дана*.

Съ этого мы начнемъ.

Александръ Борзенко.

26-го мая 1880 года.
Ярославль на Волгѣ.



[1]) F. Larnaude, comptes rendus bibiliografiques, въ Nouvelle Revue historique de droit français et étranger, 1879, № 5, p. 525.

Рудольфъ фонъ Іерингъ и Феликсъ Данъ.

Изъ современнаго правовѣдѣнія.

Der Ausgangspunct der nackten Gewalt führt nur zu einer schlauen „contrivance", nicht zu der idealen Vernunftbefriedigung, die wir Recht nennen.

Felix Dahn, die Vernunft im Recht, 114.

Съ одушевленіемъ борца, разгоряченнаго недавней битвой, въ отрывочной рѣчи излагаетъ *Феликсъ Данъ* (Felix Dahn) впечатлѣнія, вынесенныя имъ изъ борьбы съ противникомъ такой силы, какъ *Рудольфъ фонъ Іерингъ* (Rudolph von Ihering). Книга послѣдняго «цѣль въ правѣ» послужила подводомъ для столкновенія, изъ котораго возникло новое твореніе «разумъ въ правѣ», принадлежащее Феликсу Дану, высоко ставящему заслугу своего противника. «Каждый долженъ знать книгу Іеринга, даже самый заклятый его врагъ. . . . . Она и его приводитъ въ изумленіе,—даже тамъ, гдѣ онъ всего сильнѣе возстаетъ противъ нея . . . . Книга облечена въ неуязвимую кожу: подобно герою былинъ Сигфриду, ее нигдѣ нельзя преодолѣть . . . . Быть можетъ,—это есть только плодъ моей фантазіи, что пламенное дыханіе любви къ идеалу въ правѣ раздробитъ роговую кожу реалистическаго героя . . . Съ меня довольно того, что я вытравилъ изъ своего тѣла грозно вооруженную книгу . . . . Я не смѣю и подумать, что я опровергъ ее въ глазахъ другихъ . . . . Но я не могу разстаться съ Іерингомъ не пожавъ ему руку. Мнѣ жарко стало отъ его книги. Яркія искры разсыпались подъ стремительностью его ударовъ . . . . Мои возраженія относятся не къ самому Іерингу, но направлены противъ *«положеній»* въ его книгѣ, которыя я считаю несравненно менѣе вѣрными нежели большую часть самаго *ея содержанія»*.

А «положенія» становятся поговорками, до такой степени художественна та форма, въ которую ихъ облекъ геній писателя. Его идеи разносятся по свѣту подобно символическимъ изображеніямъ на ходячей монетѣ. Какъ искры ярки и кратки слѣдующія положенія: «право есть политика силы; право есть система путемъ принужденія обезпеченныхъ цѣлей общества; право, въ полномъ смыслѣ слова, есть обоюдообязательная сила закона, самоподчиненіе государственной власти ею самой изданнымъ повелѣніямъ. Эгоизмъ налагаетъ на силу узы права». [1])

Кого изъ мыслящихъ людей «положенія» Іеринга, не поражали,—неизгладимо запечатлѣваясь въ памяти, подобно угрюмому возгласу Прудона: «la propriété c'est le vol», или роковому ученію Дарвина: «struggle for life, или повелительному заявленію Луи XIV: «l'état c'est moi»?

Какъ «политика силы» право становится самоограниченіемъ могущественнаго, который сдерживается въ подавленіи другихъ людей однимъ лишь опасеніемъ, чтобы ожесточеніе съ ихъ стороны не вызвало-бы такого противодѣйствія, съ которымъ будетъ если не невозможно, то весьма трудно справиться.

Право есть созданіе міра реальнаго, право есть проявленіе силы,—не безпорядочной, но вносящей въ міръ вмѣстѣ съ собой также и чувство права. Въ силѣ, сдерживающей себя для собственной своей выгоды, кроется право.

Но откуда однако могли взяться эти правила для силы, гдѣ почерпнула она чувство права? На это Іерингъ не даетъ отвѣта. А вѣдь эти-то правила, сдерживающія силу, имѣютъ значеніе права. Право не есть насильничанье въ предѣлахъ возможнаго, лишь-бы только не утратить власти надъ слабѣйшими, оно служитъ охраной слабому, ибо и онъ есть членъ общества. Онъ также пріобрѣлъ извѣстную степень опыта для огражденія своей жизни, а это умѣнье, злостью несчастій созданное, есть основа для дѣйствій со стороны слабаго, какъ сила для могущественнаго. Сила не сама себя огра-

---

[1]) « . . . . die Politik der Gewait; Recht ist das System der durch Zwang gesicherten socialen Zwecke; Recht im vollen Sinn des Wortes ist die zweiseitig verbindende Kraft des Gesetzes, die eigene Unterordnung der Staatsgewalt unter die von ihr selber erlassenen Gesetze. Der Egoismus leitet die Gewalt in die Bahn des Rechts (R. von Ihering, Zweck).

ничиваетъ, въ мудромъ взвѣшиваніи возможнаго и осуществимаго, руководствуясь чувствомъ права,—но она сдерживается противодѣйствіемъ, которое опирается на нажитый жизненный опытъ. Здѣсь мы видимъ пока одно только столкновеніе силы и ловкости, но нѣтъ еще права; здѣсь волнуется открытая борьба, гдѣ стремятся уклониться отъ грозящаго удара, чтобы обратиться въ свою очередь на противника. Только въ замиреніи явной борьбы или глухаго недовольства зарождается право. Успокоеніе даетъ не сила, но разумъ. Сила безсильна создать право, его творитъ разумъ, пригибая эгоизмъ къ взаимному празнанію интересовъ, къ взаимному уваженію личности. Разумъ обращаетъ силу въ орудіе защиты установившагося замиреннаго порядка отношеній между людьми. Когда каждая изъ борющихся сторонъ признаетъ разумность притязаній противника, когда въ нѣдрахъ ума у побѣжденнаго не западаетъ мысль о томъ, что сильный, отводя слабаго въ рабство, поступаетъ сравнительно выгоднѣе для слабаго нежели при поголовномъ истребленіи побѣжденныхъ, но когда онъ сознаетъ разумность одержаннаго надъ нимъ превосходства, тогда между пощадившимъ и пощаженнымъ устанавливается взаимное уваженіе ихъ обособленныхъ интересовъ,—тогда возникаетъ право, основанное на разумѣ и охраненнное силой: «право есть разумный порядокъ замиренія существующихъ между членами опредѣленнаго союза людей отношеній другъ къ другу и къ вещамъ». [1])

Право создается не разсчетливостью силы, односторонне вносящей правопорядокъ, на подобіе большинства октроированныхъ конституцій въ европейскихъ государствъ въ XIX ст., но оно основано на признаніи въ союзѣ людей разумности превосходства, какъ идеала, которымъ дорожатъ и который желаютъ привести въ исполненіе въ возможно широкихъ размѣрахъ.

Право есть поэтому необходимое требованіе разума, дорожащаго нажитымъ человѣческимъ опытомъ, желающаго его сохранить для дальнѣйшихъ поколеній людей, право не есть милость, оказанная со стороны силы. Паробощенная сила никогда не признаетъ вынужденнаго у нея порядка правомъ. Право не создается отдѣль-

---

[1]) F. Dahn, Vernuft im Recht, стр. 14, 39—51. «Das Recht ist die vernüftige Friedensordnung einer Menschengenossenschaft in den aüsseren Beziehungen ihrer Glieder zu einander und den Sachen».

нымъ лицомъ, оно складывается изъ нажитаго историческаго опыта, изъ ряда правилъ для дѣятельности человѣка, которыя, по понятію большинства, становятся обязательными. Понятіе о необходимости соблюденія установленныхъ правилъ—opinio necessitatis—даетъ имъ въ разумѣ членовъ общества оправданіе ихъ значенія и поддерживаетъ ихъ дѣйствительное неуклонное примѣненіе. Право есть разумная необходимость въ жизни. Неуклонное соблюденіе права опирается или на внѣшнее принужденіе, или, если съ принимаемымъ по мнѣнію большинства членовъ общества за право не соединяется такой принудительности, то обязательная сила права обезпечивается исключительно силою одушевляющаго большую часть общества мнѣнія о необходимости соблюденія порядка, признаваемаго разумнымъ.

Идеальнымъ примѣромъ для объясненія сказаннаго служитъ Сократъ, не пожелавшій воспользоваться возможностью бѣгства, хотя онъ находитъ неправильнымъ и ненравственнымъ произнесенный противъ него смертный приговоръ. Онъ остается и умираетъ, удерживаемый отъ бѣгства, побуждаемый къ подчиненію роковому приговору «разумомъ права», потому что необходимо подчиниться даже неправильному приговору на томъ основаніи, что право и его исполненіе имѣютъ значеніе разумной необходимости. Неразумный законъ, несправедливый приговоръ должны быть исполнены, потому что повиновеніе государству разумно необходимо. Но это повиновеніе не идетъ далѣе пожертвованія своей жизнью и своимъ благомъ,—государство не въ правѣ требовать жертвы убѣжденій, вѣрованій, нравственныхъ понятій. Сократъ принесъ въ жертву аѳинской республикѣ свою жизнь, но не свои мысли. Но когда государство этимъ не довольствуется и идетъ далѣе, желая подчинить себѣ помышленія членовъ общества, то въ такомъ случаѣ начинается обязанность принять мученичество за свои вѣрованія и убѣжденія. Современныя государства ограничиваютъ кругъ своей дѣятельности и признаютъ свободу совѣсти каждаго изъ своихъ членовъ, до мученичества никто не доводится. Мы помнимъ, какъ извѣстный французскій публицистъ Эдуаръ Лабулэ въ блестящей «conference» говорилъ собравшимся слушателямъ: «государство въ могуществѣ своемъ можетъ подчинить себѣ другое могущественное государство,—взять у него нѣсколько областей, обложить тяжелой контрибуціей, но это государство, опираясь на грозную и искусную

армію, безлильно предъ совѣстью слабой и дряхлой старухи, оно не въ силѣ заставить ее иначе вѣрить и думать, какъ совѣсть и разумъ ея указываютъ, оно можетъ только возвести ее на новую ступень, создать ей величивое положеніе, наложивъ на ея сѣдую голову вѣнецъ мученичества за вѣру, за убѣжденія».

Но вмѣсто мученичества современная жизнь выставляетъ противъ притязаній государства, почему либо признаваемыхъ неразумными, революціонное движеніе, она создаетъ «право на революцію». Развѣ есть право на сверженіе права?! Революція всегда неправо, кризисъ и имѣетъ мѣсто не въ философіи права, но въ исторіи. Революція опирается на логическую, нравственную невыносимость формально-дѣйствующаго права. Правда, нерѣдко правопорядокъ не удовлетворяетъ требованіямъ разума, но нарушеніе его создаетъ еще сильнѣйшее зло и еще болѣе неразумно.

Здѣсь мы видимъ одно изъ тѣхъ столкновеній, которыя потрясаютъ жизнь великихъ людей и щедро одаренныхъ народовъ и нерѣдко ихъ уничтожаютъ. Это есть высшій образъ трагедіи, какъ говоритъ Феликсъ Данъ.

Рудольфъ фонъ Іерингъ съ нимъ согласился. Предъ нами лежитъ его письмо отъ 9-го декабря 1878 года, адресованное къ Феликсу Дану, гдѣ онъ пишетъ: «я понялъ ваше выраженіе: *разумъ сильнѣе кулака*. Когда вы прочтете второй томъ моего сочиненія «цѣль въ правѣ», то вы увидите, какъ и у меня разумъ вступаетъ въ свои права, но по очень медленному пути, чрезъ школу исторіи. Я думаю, что пока заговоритъ въ груди преступника предостерегающее слово права и разобьетъ изнутри въ немъ ту силу, которую не можетъ преодолѣть никакое внѣшнее принужденіе, до тѣхъ поръ должно было пройти много времени на обученіе, въ теченіи котораго разумъ вбивался тумаками (die Vernuft mit den Fäusten hat eingebläut werden müssen). Послѣ того уже какъ это совершилось, разумъ, конечно, исходитъ отъ человѣка,—и говорятъ, что онъ есть прирожденная его способность: но въ дѣйствительности въ человѣкѣ говоритъ только долгій опытъ, сложившійся въ форму чувствъ. На этомъ поприщѣ мы встрѣтимся снова! Сначала быть можетъ,—но только быть можетъ,—какъ противники, но я тверно увѣренъ въ томъ, что мы еще разъ прійдемъ къ соглашенію, тогда мы убѣдимся, что наши исходныя точки зрѣнія вовсе не такъ отдалены другъ отъ друга. Вмѣсто разума, тщетно силя-

щагося доставить праву осуществленіе, вступаетъ реальная принудительная сила цѣли, которая и разрѣшаетъ задачу: «*Отечества*».

Здѣсь мы должны разграничивать развитую и осуществленную идею права отъ зачатковъ тѣхъ умственныхъ силъ, безъ которыхъ не могла-бы развиться его идея. Потенція разума въ борьбѣ развилась и сложилась въ актъ разума, но зародышъ разума долженъ былъ быть у первоначальнаго человѣчества, чтобы могло образоваться изъ него конечное явленіе разумнаго правопорядка. «Разумъ въ правѣ создалъ право». Нарушившій право, отрицающій его разумъ совершаетъ дѣяніе не только преступное, но также и нелогичное и, какъ слѣдствіе, долженъ допустить, что то право, которое онъ отрицаетъ не имѣетъ мѣста по отношенію къ нему самому. Неразумѣніе права исключаетъ изъ права нарушителя, ибо разумъ, создавшій право, не признанъ нарушителемъ его, «съ прекращеніемъ разума въ правѣ кончается и самое право», преступникъ становится внѣ права. Мы въ правѣ поэтому сказать:

«So ist die Vernunft im Recht unser Anfang und Ende». [1])

Противъ втораго «положенія» Іеринга выставлены возраженія другимъ ученымъ изслѣдователемъ права. *А. Тонъ* (A. Thon) [2]) опровергаетъ представленіе о правѣ, какъ «о системѣ путемъ принужденія обезпеченныхъ цѣлей общества». Право не нуждается въ принужденіи, право есть воля общества, опредѣляющая порядокъ дѣйствія его членовъ, оно направляетъ и обусловливаетъ ихъ дѣятельность, сохраняя до тѣхъ поръ значеніе права пока члены общества считаютъ необходимымъ руководствоваться въ своихъ дѣйствіяхъ его указаніями. Право состоитъ не изъ повелѣній, но изъ положеній, правилъ, дѣйствующихъ относительно отдѣльныхъ лицъ, какъ мотивъ, основаніе ихъ поступковъ. Право поэтому есть *мотивированіе*, оно перестаетъ быть правомъ когда оно не можетъ стать мотивомъ для дѣятельности: «Recht ist Motivication; es hört auf Recht zu sein, wenn es nicht mehr als Motiv wirkt». [3])

---

[1]) F. Dahn, ib. стр. 215.

[2]) A. Thon, der Rechtsbegriff, въ Zeitschrift für das privat— und öffenliche Recht. VII. 2.

[3]) A. Thon. ib. стр. 247.

Право состоитъ не изъ повелѣній, но изъ наставленій. Когда напр. право выражается въ условной формѣ «если непріятель приблизится,—стрѣляй», то здѣсь подразумѣвается не приказаніе стрѣлять, но указаніе на то, какъ слѣдуетъ поступить. Рядомъ съ правилами права, исполненіе которыхъ обезпечено принудительными мѣрами, живутъ и дѣйствуютъ правила, соблюденіе которыхъ опирается исключительно на признаніи ихъ необходимости. Одно имѣетъ значеніе «права обезпеченнаго» принужденіемъ, другое есть «*право озабоченное*», если позволено такъ выразиться для передачи термина «verkummertes Recht», [1]) которымъ обозначаютъ право, не обезпеченное принужденіемъ, но соблюдаемое какъ право. Нѣтъ никакого основанія не признавать за «озабоченнымъ правомъ» значеніе права, до тѣхъ поръ пока оно настолько проявляется свое значеніе, что служитъ мотивомъ для дѣятельности отдѣльныхъ лицъ.

Законъ о наблюденіи воскреснаго дня, встрѣчающійся въ нашемъ уставѣ ремесленномъ, не обезпеченъ никакимъ средствомъ взысканія въ случаѣ его нарушенія, онъ имѣетъ поэтому значеніе «озабоченнаго, а не обезпеченнаго права». Соблюденіе воскреснаго дня зависитъ отъ господствующихъ понятій относительно этого предмета въ томъ или другомъ кругѣ лицъ. Въ Англіи по воскресеньямъ не выходятъ газеты, домашняя прислуга освобождается по возможности отъ своихъ обязательныхъ услугъ, движеніе поѣздовъ по желѣзнымъ дорогамъ прекращается. Въ Китаѣ наоборотѣ не существуетъ воскреснаго дня для отдыха отъ «злобы дня», тяготѣющей надъ людьми въ обыкновенные дни, что, по мнѣніи покойнаго историка С. М. Соловьева неблагопріятно отзывается на умственномъ и духовномъ развитіе народа, всегда безъ перерыва привязаннаго къ ежедневному, ничѣмъ не нарушаемому труду. Французскій сенатъ, въ засѣданіи своемъ 7-го мая 1880 года, принялъ въ первомъ чтеніи, большинствомъ 165 голосовъ противъ 110, предложеніе Монье, предварительно утвержденное палатою депутатовъ, объ отмѣнѣ закона 18-го ноября 1814 года—о воскресномъ отдыхѣ, по точному смыслу котораго въ воскресные дни воспрещена была даже всякая торговля. У насъ, въ Россіи порядокъ проведенія воскреснаго дня зависитъ отъ усмотрѣнія каждаго отдѣльнаго

---

[1]) Bekker, Rechtsbegriff, въ Zeitschrift für das vergleichende Rechtswissenschaft. I, стр. 133.

лица или круга лицъ, напр. во многихъ городахъ наканунѣ воскресеній закрываются клубы по желанію этого самихъ членовъ. Здѣсь нѣтъ никакого принудительными мѣрами обезпеченнаго правопорядка, но тѣмъ не менѣе извѣстныя правила служатъ основаніемъ для дѣятельности отдѣльныхъ лицъ или кружка.

«Когда мнѣніе о томъ, что общество разсчитываетъ на извѣстный образъ дѣйствія, достигнетъ такой силы и значенія, что подобный образъ дѣйствія обществомъ требуется, какъ должное; когда, далѣе, такое мнѣніе превратится въ мотивъ, которымъ руководствуются при дѣятельности, то пришедшее сюда сознаніе необходимости (opinio necessitatis) превращаетъ обычай въ обычное право. Право отдѣльнаго общества есть все то, что признается и соблюдается какъ его воля, и не имѣетъ никакого значенія будетъ-ли здѣсь находиться принудительный аппаратъ (Zwangsapparat) для укрѣпленія этой воли»[1]).

Казалось бы, что такое широкое пониманіе права должно открывать доступъ самымъ измѣнчивымъ и противоположнымъ стремленіемъ, которыя силятся стать на ту степень, когда за ними будетъ признаніе ихъ необходимости (opinio necessitatis), свергая такой порядокъ, съ которымъ новое пониманіе входитъ въ противорѣчіе. И дѣйствительно, измѣненія въ правѣ неизбѣжны, но они должны вводиться въ жизнь не насильственнымъ путемъ, нарушающимъ требованіе закона о замиреніи. «Революція не служитъ средствомъ права, но она является насильственнымъ дѣяніемъ,— это не путь права, но низверженіе права,—это самоисключеніе изъ призыва закона, взывающаго къ миру». (Sichverschliessen gegen den Friedenheischenden Ruf des Gesetzes)[2]).

«Право есть политика силы,—право есть система путемъ принужденія обезпеченныхъ соціальныхъ цѣлей». Оба положенія Рудольфа фонъ Іеринга встрѣтили рѣшительное и рѣзкое противодѣйствіе. «Право не есть политика силы, но проявленіе разума (Vernunft-Praxis) говоритъ Феликсъ Данъ; «право не есть *принужденіе*, но оно имѣетъ значеніе побужденія (Motivication) къ дѣятельности, которая по мнѣнію большинства членовъ извѣстнаго общества (Gemeinschaft), а не всего человѣчества (Gesellschaft

---

[1]) A. Thon, ib. стр. 250, 258.
[2]) A. Thon, ib. стр. 252.

у Іеринга) признана необходимой (opinio necessitatis). Право, *какъ проявленіе разума*, а не силы,—возникаетъ не изъ одностороннаго акта самоограниченія могущественнаго, но создается изъ признанія и уваженія слабаго и безпомощнаго, изъ увѣренности, которая не угасаетъ въ умѣ послѣдную, что и онъ долженъ быть огражденъ, что и для него есть мѣсто въ человѣческомъ обществѣ, гдѣ онъ рожденъ и дѣйствуетъ, какъ бы ни были слабы его силы, въ какой-бы зависимости онъ не находился отъ окружающихъ его условій вѣшнихъ. Право, какъ побужделіе (Motivication у Тона), а не какъ принужденіе (Zwang у Іеринга) къ дѣятельности, опирается на признаніи правопорядка со стороны большинства членовъ опредѣленнаго общества наиболѣе соотвѣтствующимъ для сохраненія тѣхъ отличительныхъ качествъ народа, на которыхъ опирается его историческая жизнь, для развитія тѣхъ особенныхъ свойствъ его, которыя въ немъ создали племенныя, историческія и географическія условія. Право не нуждается въ принужденіи, когда оно вытекаетъ изъ признанія отличительныхъ свойствъ народа или отдѣльнаго круга лицъ въ немъ обособившихся, изъ разума его исторіи;—короче, когда оно не заклеймено космополитической туманностью, создающей готовность ринутся ежеминутно къ придуманнымъ формамъ быта, не дорожа вокругъ себя сложившимися отношеніями и положеніями, силою подчиняя тѣхъ, кто въ новыхъ правилахъ жизни не видитъ ни охраненія своихъ потребностей, ни обезпеченія своего благосостоянія.

Право не есть политика силы, но проявленіе разума, оно не принуждаетъ, но побуждаетъ къ дѣятельности: таковы «противоположенія» «положеніямъ» Рудольфа фонъ Іеринга.

Еще разъ спросимъ, правда-ли, что «право есть политика силы»? Когда цареубійца Макбетъ въ торжествѣ удавшагося преступленія не боится болѣе встрѣтить сопротивленіе для достиженія своихъ властолюбивыхъ цѣлей, когда онъ спокоенъ, что и на лицѣ его не отразится слабость при воспоминаніи о совершенномъ злодѣйствѣ, ибо «фальшивое лицо не разоблачитъ лживаго сердца»:

«False face must hide what the false heart doth know» (I, 6).

Здѣсь все,—сила и могущество,—жаждутъ господства и власти. Что можетъ ихъ удержать отъ дальнѣйшей кровавой расправы съ противящимися новому владычеству? Ни что. Остается или погибнуть довѣрчивому, или бѣжать предусмотрительному. Первая

участь постигла Банко;—въ бѣгствѣ спасается другой противникъ Макбета,—Малькольмъ, объясняющій свой поступокъ необходимостью:

. . . . . себя украсть не стыдно,
Когда не вѣрится въ чужую честь. [1])

Все развитіе трагедіи Шекспира «Макбетъ» основано на проявленіи «политики силы», которая нигдѣ и никогда не была выражена съ такой беззавѣтной откровенностью, отъ которой содрогается мозгъ въ черепѣ читателя, когда Макбетъ, окруженный врагами, восклицаетъ:

«Къ чему играть мнѣ римскаго глупца
И пасть на собственный свой мечь,
Пока передо мной живые люди?
Имъ лучше раны наносить». [2])

Нѣтъ, сила безсильна создать право, сила ищущая своего права, подобна волку, облекшемуся въ человѣческую кожу, недолго покровъ скрываетъ хищническую природу, которая скоро скажется въ «стремленіи стать всемірнымъ государствомъ». Такое стремленіе конечно было свойственно римлянамъ, не даромъ же ихъ вскормила, по преданію, волчица своимъ молокомъ. [3])

Все ученіе о правѣ, въ смыслѣ «политики силы» сжато выражено въ изрѣченіи честнаго вахмистра, въ сценахъ Шиллера «Лагерь Валленштейна»:

«Alles Weltregiment, muss Er wissen,
Von dem Stock hat ausgeh'n müssen:
Und das Scepter in der Könige Hand
Ist ein Stock nur, das ist bekannt». [4])

«Мы не осмѣливаемся противорѣчить умному вахмистру, потому что въ самомъ дѣлѣ скиптръ есть не болѣе, какъ палка».

---

[1]) . . . . There's warrant in that theft
Which steals itself, when there's no mercy left»
W. Shakspeare, Macbeth, act II, scene 3.

[2]) Macbeth. Why should J play the Roman fool, and die
On mine own sword? whiles J see lives, the gashes
Do better upon them.
Jb. Act V, scene VII.

[3]) F. Dahn, Vernunft im Recht, ст. 85.

[4]) Приведенная строфа не вошла въ переводъ Л. Мея драматическихъ сценъ Шиллера «Лагерь Валенштейна» (сц. VI).

«Но почему королю не-зачѣмъ наносить удары этой палкой»?

«Потому что ее вызолотило opinio necessitatis: потому что она не только палка, но символъ власти, признанной разумомъ, повиновеніе которой считается разумной необходимостью».

«Личное *повелѣніе* (imperium), опираясь на признаніе всѣми его необходимости, чрезъ opinio necessitatis,—усиливается въ своемъ значеніи, оно становится *закономъ* (lex); скипетръ, какъ символъ признанной власти, перестаетъ быть *«грознымъ»* (furchtwürdig), онъ становиться *«честнымъ»* (e h r w ü r d ig) [1])

Отрицаніе, отлученіе лишаютъ права, ставятъ внѣ его защиты и охраны; признаніе, принятіе создаютъ новый правопорядокъ для отвергнутаго, который безъ такой защиты былъ бы обреченъ на гибель.

Король Лиръ, въ ослѣпленіи себялюбивой и тщеславной расточительности, возмущенъ спокойнымъ достоинствомъ и сдержанной рѣчью дочери своей Корделіи. Онъ недоумѣваетъ, почему «она такъ молода и такъ черства сердцемъ»:

«So young, and so untender»?

Лиръ лишаетъ ее части въ раздѣлѣ своего королевства, отчуждаетъ отъ родства съ собой и ставитъ «внѣ права».

«. . . . отрекаюсь отъ заботъ отцовскихъ,
«Отъ кровной связи, отъ любви всегдашней
«И отчуждаюсь отъ родства съ тобой
«Отнынѣ и навѣки. Дикій скиѳъ
«И людоѣдъ свою семью сожравшій
«Для сердца моего милѣе будутъ,
«Чѣмъ ты, когда-то наша дочь». [2])

Лиръ гнѣвно взываетъ къ тому, кто сталъ бы противорѣчить его безпощадному приговору надъ Корделіей:

---

[1]) F. D a h n. ib. стр. 89.

[2]) Here J disclaim all my paternal care,
Propinquity and property of blood
And as a stranger to my heart aud me
Hold thee, from this, for ever. The barbarous Scythian,
Or he that makes his generation messes
To gorge his appetite, shall to my besom
Be as well neignbour'd, pitied, and reliev'd,
As thou my sometime daughter.
(Act I, scene 1).

«Хотите-ль вы ее съ ея порокомъ,
«Намъ чуждую, отвергнуую нами,
«Съ приданымъ вѣчной ненависти нашей
«Себѣ взять въ жены»?

т. е. создать для отвергнутой, лишенной права новый правопорядокъ.

Герцогъ Бургундскій склоняется предъ рѣшительной волей Лира: «Государь простите:

«Бракъ невозможенъ послѣ словъ такихъ».

Карделіи грозитъ неминуемая гибель, гнѣвъ отца ее не пощадитъ. Но она находитъ признаніе и защиту съ другой стороны. Нѣжно и ласково, но вмѣстѣ увѣренно и твердо король французскій объявляетъ Корделію своей женой и открываетъ ей новой правопорядокъ:

«Какъ ты богата въ нищетѣ своей,
«Какъ ты мила въ немилости отцовской!
«Я радостно беру тебя—съ богатствомъ
«Души твоей, отвергнутую всѣми.
«Я брошенное поднялъ, и законна
«Моя добыча, и любовь моя
«Отъ общаго презрѣнья разгорѣлась.
«Король! твоя отверженная дочь
«Теперь царица Франціи . . . . .» [1])

Беззащитная, безправная въ предѣлахъ королевства Лира, Корделія могущественна признаніемъ ея достоинства и значенія въ другомъ обществѣ, въ иной странѣ: «подвластны ей я самъ и мой народъ», говоритъ король Франціи. Поставленная внѣ права, Корделія должна погибнуть, признанная въ правѣ,—она ограждена.

---

[1]) France. Fairest Cordelia, thou art most rich, being poor;
Most choice forsaken; and most lov'd, despis'd!
Thee and thy virtues here J seize upon:
Be it lawful, J take up what's cast away.
Gods, gods! 'tis strange, that from their cold'st neglect
My love should kindle to inflam'd respect—
Thy dowerless daughter, king, thrown to my chance,
Js queen of us, of ours, and our fair France.
. . . .
W. Shakspeare, King Lear, act 1, scene 1.

Ее спасаетъ возможность созданнаго для нея правопорядка. Обобщая положеніе Корделіи и распространяя его на многіе однородные случаи, окажется, что «созданіе права есть такое проявленіе человѣческихъ силъ и способностей, помощью которыхъ сохраняется цѣлость, обособленность человѣческаго рода среди многочисленныхъ и разнообразныхъ явленій жизни». [1])

Что могло побудить къ признанію отверженной, какая сила могла принудить къ охранѣ безсильной, на чемъ основано созданное для нея право?—Открытая сила,—сила sans phrases, или разсчетливая, самоограничивающаяся, политизирующая сила знаетъ одно лишь принужденіе, предъ которымъ она отступаетъ или по невозможности преодолѣть встрѣтившееся препятствіе, или по разсчету, не желая тратить безплодно значительныхъ усилій. Сила и одна только сила не идутъ далѣе однаго лишь принужденія, совершаемаго, быть можетъ, съ цѣлью общаго блага, для созданія «вынужденнаго счастія». Но, вѣдь, это—теорія просвѣщеннаго деспотизма, который, правда, преслѣдуетъ цѣль осчастливить людей, но привитое имъ, а не нажитое въ свободномъ выборѣ и дѣятельности благосостояніе мало цѣнны: дѣло жизни проигрывается требуемыми во имя его жертвами—«propter vitam vivendi perdere causas! Видно «счастіе и радость добровольнаго труда», по слову Позы, имѣютъ преимущественное значеніе въ жизни, предъ которыми, смѣемъ думать, отступятъ принудительныя теоріи Маркса, Лассаля и Іеринга.

Признаніе въ правѣ (Anerkennung) основано не на принужденіи силы, но на сознаніи разумности признаваемаго порядка отношеній въ человѣческомъ обществѣ и справедливости укрѣпляемаго за отдѣльнымъ лицомъ правопорядка. Правосознаніе, а не правопринужденіе творитъ право. Но изъ этого не слѣдуетъ что право есть только произведеніе мысли, отрѣшенной отъ дѣйствительныхъ явленій жизни и положеній ею созданныхъ для отдѣльныхъ лицъ и ихъ союзовъ, дѣйствующихъ какъ обособленныя группы въ обществѣ.

Право даетъ этимъ состояніямъ безспорное значеніе, утверждая въ сознаніи большинства членовъ общества представленіе о ихъ

---

[1]) A. Thon, der Rechtsbegriff. стр. 242. Die Fähigkeit das Recht zu erzeugen darf den arterhaltenden Eigenschaften des heutigen Menschengeschlechtes zugezählt werden».

необходимости, само опираясь на живо сознананную и признанную ими необходимость (opinio necessitatis). Такое признаніе необходимости явленія на основаніи его разумности утверждается не вдругъ, но совершается медленнымъ и постепеннымъ развитіемъ пониманія въ обществѣ, пока оно не достигнетъ значенія правосознанія (opinio juris).

Три ступени проходитъ человѣческая мысль, чтобы стать на степень правосознанія: во-первыхъ,—*инстинктивное влеченіе*, во-вторыхъ,—*религіозное и нравственное чувство*, въ-третьихъ,—*правосознаніе*.

«Дарвинъ думаетъ, что развитіе отдѣльнаго эмбріо служитъ отраженіемъ и повтореніемъ развитія видовъ, мы, въ свою очередь, можетъ усматривать въ постепенномъ подъемѣ умственныхъ силъ и умственной дѣятельности отдѣльнаго ребенка отраженіе безконечно-медленно пройденнаго нѣкогда всѣмъ человѣческимъ родомъ подъема отъ безсознательнаго скотоподобія до самосознанія (Bewustsein) и умственнаго развитія (Vernunftentfaltung). Ребенокъ долгое время находится въ чисто естественной, несознаваемой имъ зависимости отъ своей матери; гораздо позже пробуждается въ немъ любовь, благодарность, укорѣняется понятіе, что повиновеніе не только необходимо и полезно, но что также оно и нравственно и религіозно обязательно. Только впослѣдствіи, наконецъ, ребенокъ додумывается до того, что считаетъ разумно необходимымъ правопорядокъ, предписывающій повиновеніе «*власти одного* (die Herrschergewalt des Einzelnen). [1])

Но чтобы человѣкъ могъ до этого додуматься въ его природѣ должно быть предрасположеніе (Potenz) къ разумному и осмысленному быту, который онъ станетъ сознательно и свободно примѣнять и охранять, какъ разумно-необходимый правопорядокъ. Глубокая розница и коренное противорѣчіе между ученіями Феликса Дана и Рудольфа фонъ Іеринга въ томъ именно и заключается, что Данъ видитъ въ человѣкѣ предрасположеніе къ разумному порядку жизни, которое жизнью и дѣятельностью развиваются шире и глубже, тогда какъ Іерингъ, невысоко ставя человѣка, думаетъ, что разумъ въ него просто вколачивается извнѣ расчетливой, политизирующей силой, умудряя суровой школой жизненныхъ

[1]) F. Dahn, die Vernunft im Recht, 87.

испытаній тѣхъ кто не сумѣетъ принаровиться къ ея требованіямъ. Человѣкъ вноситъ съ собою зачатки разума въ міръ,—учитъ Данъ;—человѣкъ пріобрѣтаетъ разумъ послѣ долгаго и тяжолаго историческаго процесса развитія,—говоритъ Іерингъ:

Wer nie sein Brod mit Thränen ass,
Wer nie die kummervollen Nächte
Auf seinem Bette weinend sass
Der kennt Euch nicht, Jhr himmlischen Mächte.

Стихъ Гете склоняется въ пользу взгляда Іеринга о горькимъ опытомъ нажитомъ разумѣ.

Противъ «грозно вооруженнаго» ученія Феликсъ Данъ приводитъ рядъ логическихъ доводовъ:

«Сначала инстинктивно, затѣмъ чрезъ полуживотную опытность узнаетъ человѣкъ ту пользу, которую приноситъ для здоровья напр. омовеніе. Онъ истиктивно ищетъ въ омовеніи свѣжести отъ зноя за-долго до того, когда религія возвела «обычай» на степень «предписанія». Такъ неуже-ли люди «придумали» омовеніе въ смыслѣ *«политики нечистоплотности»*, которая должна была изъ опыта сначала познать, что безусловная нечистоплотность разрушительно дѣйствуетъ на неряшливаго, какъ ничѣмъ не сдержанный произволъ служитъ къ гибели своевольнаго,—неуже-ли должны мы думать, что «движеніе» есть *«политика лѣни»*, т. е. лѣнивый, познавъ изъ опыта гибельное дѣйствіе нерадѣнія, «придумалъ» противъ нея лекарство въ «движеніи».

«Инстинкъ сначала, опытъ затѣмъ создали обычай омовенія и ввели «узаконенную прогулку» («constitutional walk»).

«Когда гораздо позже религія предписала соблюденіе извѣстныхъ правилъ относительно пищи и омовенія, то она поступала здѣсь съ искренной увѣренностью (im guten Glauben), что такъ угодно богамъ, она одушевлялась сознаніемъ *религіозной необходимости своихъ предписаній* (opinio necessitatis religiosae), не выставляя своего вѣрованія, какъ прикрытіе практическихъ соображеній, лежащихъ въ основаніи предписаній религіи».

«Когда первоначальное общество укрѣпило правопонятіе (Rechtsbegriff) общей защитой ихъ со стороны всѣхъ своихъ членовъ, оно и здѣсь поступало съ искренной увѣренностью (im guten Glauben), что вводимый *порядокъ* основанъ на *разумной необходимости* (opinio necessitatis rationalis) и ограждается въ силу своей разумной не-

обходимости, потому только что такой порядокъ есть право, и не требуетъ своего оправданія въ полезности».

Іерингъ, согласно своему ученію, о «политикѣ силы» приходитъ къ тому положенію, что государственная власть послѣ продолжительнаго опыта начинаетъ сознавать, что наилучшая для нея политика заключается въ соблюденіи «права», «какъ взаимообязательной нормы, какъ самоподчиненіе власти ею самой изданнымъ законамъ».

Изъ этого положенія слѣдовало-бы сдѣлать такой выводъ, что чѣмъ менѣе развито общество, тѣмъ независимѣе государственная власть. Но она вначалѣ такъ слаба, что не можетъ быть и рѣчи о ея произволѣ, несдержанности, безпредѣльности; мало того, ее съ трудомъ можно распознать среди многочисленныхъ тяготѣющихъ надъ ней ограниченій. [1])

Послѣдняя мысль Феликса Дана находитъ свое подтвержденіе въ нашей, русской исторической литературѣ. «Подобно тому, какъ у западныхъ народовъ, прежде чѣмъ установилось въ исторіи научное направленіе, идеализировали *вольности* предковъ, такъ и въ русской литературѣ явились поклонники вѣчеваго начала, стали преувеличивать значеніе земскихъ соборовъ и для большей важности выводить московскіе соборы изъ древняго городскаго вѣча. Но кромѣ искаженія отдѣльныхъ сторонъ русской исторіи, анти-историческое направленіе устанавливало совершенно превратный взглядъ на общій ходъ Руской исторіи» [2]). Это анти-историческое направленіе приходитъ къ непримиримому противорѣчію своихъ требованій съ дѣйствительными событіями, для него, по мѣткому выраженію уважаемаго профессора В. И. Герье «Русская исторія представляла постоянное уклоненіе отъ истиннаго пути», самое направленіе онъ характеризуетъ, какъ «шагъ въ воздушное пространство, какъ отрицаніе прогресса».

Противъ анти-историческаго направленія профессоръ В. И. Герье приводитъ стройное пониманіе русской исторіи основателемъ историческаго направленія въ русской исторіи—С. М. Соловьевымъ, которое выразилось въ національномъ и научномъ понима-

---

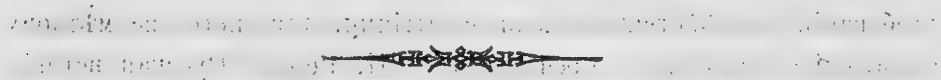
[1]) Dahn, die Vernunft im Recht, 121—22.

[2]) *В. И. Горье*, Сергѣй Михайловичъ Соловьевъ, въ журналѣ «Историческій Вѣстникъ» 1880 годъ, № 1. стр. 29.

нии значенія государства: «когда, говоритъ С. М. Соловьевъ по отношенію къ централизирующему значенію Москвы,—части народонаселенія, разбросанныя на огромныхъ пространствахъ, живутъ особною жизнію, не связаны раздѣленіемъ занятій, когда нѣтъ большихъ городовъ, кипящихъ разнообразною дѣятельностью, когда сообщенія затруднены, сознанія общихъ интересовъ нѣтъ, то раздробленныя такимъ образомъ части приводятся въ связь, стягиваются правительственною централизаціею, которая тѣмъ сильнѣе, чѣмъ слабѣе внутренняя связь; централизація восполняетъ недостатокъ внутренней связи, условливается этимъ недостаткомъ и разумѣется благодѣтельна и необходима, ибо безъ нея все-бы распалось и разбрелось: это хирургическая повязка на больномъ членѣ, страдающемъ потерею внутренней связи, внутренней сплоченности» (*С. М. Соловьевъ*, Исторія Россіи съ древнѣйшихъ временъ, XIII т. 27.)

Въ словахъ великаго историка звучитъ та самая мысль, которую положилъ въ основу своего ученія о правѣ Феликсъ Данъ, видящій «въ правѣ проявленіе неуклоннаго требованія разума (Denknothwendigkeit) въ опредѣленіи взаимныхъ отношеній между людьми и къ вещамъ».

Мы окончимъ нашъ очеркъ на этомъ сближеніи.



Д-ръ Рудольфъ фонъ Іерингъ

юстицъ-тайный совѣтникъ и профессоръ Гёттингенскаго университета.

ИНТЕРЕСЪ И ПРАВО

1) Правоспособность учредителей. 2) Интересъ и право.

3) Непреодолимая сила.

ПЕРЕВОДЪ СЪ НѢМЕЦКАГО

Александра Борзенко.

ПРЕДИСЛОВІЕ АВТОРА.

Исключительная участь постигла обнародываемое здѣсь мнѣніе. Будучи вызвано ближайшимъ образомъ практической цѣлью, которой оно посвящено, я уже вначалѣ задумалъ и составилъ его какъ теоретическое изслѣдованіе, выговоривъ себѣ право на такого рода разработку, принимая сдѣланное мнѣ предложеніе.

Изъ трехъ вопросовъ, предложенныхъ мнѣ повѣреннымъ сторонъ,—они отмѣчены на заглавной страницѣ,—первый и второй имѣютъ такое важное теоретическое значеніе, что я думалъ оказать услугу не только сторонамъ, но также и наукѣ, когда я рѣшился подвергнуть ихъ всестороннему разсмотрѣнію, и эта надежда имѣла рѣшительное вліяніе на согласіе мое взять на себя составленіе мнѣнія. Мнѣніе напечатано въ прошедшемъ году въ Ольтенѣ, [1]) но не обращено мной въ продажу, такъ-какъ я тогда уже имѣлъ въ виду помѣстить его въ «Dogmatische Jahrbücher», считая это возможнымъ вслѣдствіе преимущественно теоретическаго характера настоящаго мнѣнія, хотя до сихъ поръ я здѣсь не печаталъ ни одного изъ мной составленныхъ мнѣній.

Въ настоящей перепечаткѣ я исключилъ нѣкоторыя возраженія противной стороны, которыя я считалъ необходимымъ изложить въ первоначальномъ мнѣніи со всей подробностью, такъ-какъ предпочиталъ относительно этого предмета дать скорѣе, лишнее не-

---

[1]) Мнѣніе объ искѣ междукантональнаго подготовительнаго комитета гэйской желѣзной дороги противъ общества швейцарской центральной желѣзной дороги относительно окончанія и эксплоатаціи вассерфаленской желѣзной дороги и ея продолженія изъ Солотурна въ Шёнбюль, составленное по просьбѣ комитета Dr. Р. ф. Іерингомъ (тайный совѣтникъ и профессоръ правъ въ гёттингенскомъ университетѣ). Ольтенъ. 1878 г. Типографія «Volksblatt vom Jura».

жели неполное; для настоящей же цѣли я считаю это безполезнымъ. Настоящее замѣчаніе я дѣлаю для тѣхъ, кому я доставилъ въ довольно многочисленномъ количествѣ экземпляровъ первоначальное мнѣніе, на случай, если-бы они захотѣли ссылаться на параграфы, въ принятомъ тамъ порядкѣ. Исключивъ нѣкоторые параграфы, посвященные изложенію возраженій противной стороны, соединивъ другія, соотвѣтствіе между параграфами въ первоначальномъ мнѣніи и въ перепечаткѣ, здѣсь сдѣланной, нарушилось. Изъ § 3—5 составленъ § 3, изъ § 11—14 теперь сдѣланъ § 9.



ПОЛОЖЕНІЕ СПОРНАГО ДѢЛА.

§ 1.

Междукантональный комитетъ гэйской желѣзной дороги въ Солотурнѣ обратился ко мнѣ съ предложеніемъ высказать мое мнѣніе объ исковомъ отношеніи, возникшемъ между нимъ и швейцарскимъ центральнымъ желѣзнодорожнымъ обществомъ въ Базелѣ по поводу выполненія заключеннаго ими $^{16}/_{18}$ февраля 1873 года договора о сооруженіи двухъ желѣзнодорожныхъ линій и о содержаніи на нихъ движенія. Исковое отношеніе разсматривается въ третейскомъ судѣ, открытомъ на основаніи этого договора въ Солотурнѣ. Оно возбуждено передъ нимъ на основаніи иска, предъявленнаго комитетомъ гэйской желѣзной дороги 1-го декабря 1876 г., на который послѣдовалъ 31-го іюля 1877 года «отвѣтъ» отвѣтчика, приложившаго къ нему три мнѣнія, клонившіяся въ его пользу: первое, составленное еще до возбужденія исковаго требованія г. профессоромъ Андреемъ Гейслеромъ въ Базелѣ, второе—г. тайнаго совѣтника и профессора Рено въ Гейдельбергѣ, третье, на французскомъ языкѣ, г. профессора Броше въ Женевѣ,—оба послѣднія мнѣнія составлены по предъявленіи иска. Всѣ названные документы напечатаны и доставлены мнѣ истцами, для ознакомленія моего съ дѣломъ,—вмѣстѣ съ другими документами, въ числѣ которыхъ находится заключенный сторонами договоръ. Стороны не оспариваютъ обстоятельства настоящаго процесса, и я могъ бы вполнѣ положиться на изложеніе ихъ въ исковомъ прошеніи, если-бы настоящее мнѣніе было разсчитано только для непосредственно участвующихъ въ процессѣ лицъ: судей, сторонъ и ихъ повѣренныхъ. Но предположенное напечатаніе и намѣреніе мое, при теоретическомъ значеніи разсматриваемыхъ здѣсь вопросовъ, распространить ихъ, доведетъ ихъ до свѣдѣнія такихъ лицъ, которымъ чужды об-

стоятельства дѣла; поэтому изъ вниманія къ такимъ лицамъ, для облегченія имъ пониманія и сужденія о дѣлѣ, я принужденъ изложить существенныя обстоятельства, вошедшія въ составъ правоотношенія.

Въ 1870 году въ кантонѣ Солотурнъ открылось общество подъ названіемъ «учредительное общество гэйской желѣзной дороги» (Jnitiativ-Gesellschaft der Gäubahn) съ цѣлью предпринять на основаніи ст. 1 своего устава техническія, торговыя и финансовыя предварительныя изысканія для сооруженія линіи желѣзной дороги изъ Солотурна въ Ольтенъ чрезъ Гэй (Gäu) и на основаніи ст. 7 образовать окончательное строительное общество для выполненія сооруженія названныхъ путей. По утвержденіи своего устава и послѣдовавшаго затѣмъ открытія, учредительное общество, согласно ст. 4 устава, избрало учредительный комитетъ (Jnitiativ comité) въ составѣ 21-го члена, на обязанности котораго лежало предпринять нужныя приготовительныя работы, въ особенности разработать планы и разцѣночную вѣдомость. Комитетъ приступилъ къ исполненію этой задачи, но, не ограничиваясь ею, онъ завязалъ сношенія съ другимъ обществомъ—бройетальской желѣзной дороги (Broyethalbahn) съ цѣлью продленія дороги. Въ засѣданіи учредительнаго комитета 20-го марта 1871 года сообщенъ былъ возникшій отсюда проектъ договора и составлено опредѣленіе: образовать для этого новаго или расширеннаго желѣзнодорожнаго предпріятія *междукантональный комитетъ* (jnterkantonales Comité) изъ настоящаго учредительнаго комитета гэйской желѣзной дороги, изъ уполномоченныхъ отъ участвующихъ общинъ между Солотурномъ и Лиссъ, изъ уполномоченныхъ отъ правительства и города Солотурна, а также отъ города Ольтена, съ сохраненіемъ однако самостоятельности комитета гэйской желѣзной дороги.

Предположенный здѣсь междукантональный комитетъ открытъ въ Солотурнѣ 15-го августа 1871 года, какъ междукантональный приготовительный комитетъ (Jnterkantonales Vorbereitungscomité) для сооруженія гэйской желѣзной дороги, или линіи Лиссъ-Бюренъ-Солотурнъ-Ольтенъ, и впослѣдствіи выбралъ изъ своей среды для веденія дѣлъ «исполнительное правленіе» (Executiv—Ausschuss). Первоначальный проектъ гэйской желѣзной дороги былъ расширенъ со включеніемъ участка Солотурнъ - Бюренъ - Лиссъ;

отнынѣ названіе «гэйская желѣзная дорога» обозначаетъ всю линію отъ Ольтена чрезъ Солотурнъ въ Лиссъ.

Междукантональный приготовительный комитетъ гэйской желѣзной дороги получилъ нѣсколько концессій, именно: отъ солотурнскаго кантональнаго совѣта (Kantonsrath) на желѣзную дорогу Аарау-Солотурнъ-Лиссъ, на сколько она расположена въ предѣлахъ Солотурна;—отъ ааргаускаго большаго совѣта (Grosser-Rath): между границей кантона Солотурнъ и Аарау;—отъ бернскаго большаго совѣта на участокъ гэйской желѣзной дороги въ предѣлахъ бернскаго кантона. Исполнительное правленіе (der Executiv Ausschuss) обезпечило финансовыя средства на содержаніе дороги, отчасти подпиской участвующихъ общинъ между Лиссъ и Ольтенъ въ размѣрѣ до 2.268,800 фр., отчасти чрезъ соглашеніе съ обществомъ капиталистовъ (Finanzconsortium), и на этомъ основаніи составленное свидѣтельство о собранныхъ капиталахъ (Finanzausweis) утверждено 14-го сентября 1872 г. правительственнымъ совѣтомъ (Regierungsrath) кантона Солотурнъ.

Теперь съ двухъ различныхъ сторонъ поступаютъ въ комитетъ предложенія на сооруженіе, въ особенности правленіе швейцарской центральной желѣзной дороги въ Базелѣ вступаетъ въ переговоры объ уступкѣ концессій и о принятіи на себя сооруженія предположенныхъ желѣзнодорожныхъ линій и о содержаніи на нихъ движенія, отказываясь отъ всякаго пособія со стороны прилежащихъ къ этой мѣстности общинъ. Переговоры, происходившіе сначала безуспѣшно, привели къ заключенію договора, исполненіе котораго со стороны отвѣтчика составляетъ предметъ настоящаго процесса. Въ надписи на договорѣ, въ качествѣ договаривающейся стороны, указаны: «правленіе швейцарскаго центральнаго желѣзнодорожнаго общества, представленное г. Сульгеромъ, президентъ, и г. Сайлеромъ, директоръ» и «междукантональный приготовительный комитетъ гэйской желѣзной дороги, представленный гг. Фигье и Баумгартнеръ». Подпись сдѣлана двумя послѣдними (de dato Солотурнъ 16-го февраля 1873 г.) и двумя первыми (de dato Базель 18-го февраля 1873 г.). Впослѣдствіи, на основаніи послѣдняго параграфа, договоръ утвержденъ съ одной стороны совѣтомъ правленія (Verwaltungsrath) и акціонерами швейцарской центральной желѣзной дороги, а также съ другой—междукантональнымъ приготовительнымъ комитетомъ для гэйской желѣзной дороги,

Предметъ договора составляетъ сооруженіе двухъ желѣзныхъ дорогъ,—сначала той, о которой до сихъ поръ только и думали, бывшей первоначально одной исключительно въ предположеніи названнаго комитета: это—гэйская желѣзная дорога (ст. 1—15). Во вторыхъ,—другой дороги (ст. 16, 17), для сооруженія которой до сихъ поръ дѣйствовалъ существовавшій въ Солотурнѣ комитетъ,—а именно, вассерфаленская дорога съ продолженіемъ изъ Солотурна въ Шöнбюль. Переговоры между обоими комитетами привели къ тому, что междукантональный комитетъ гэйской желѣзной дороги воспользовался переговорами съ правленіемъ швейцарскаго центральнаго желѣзнодорожнаго общества для приведенія въ исполненіе также этого втораго проекта. Съ этой цѣлью составлены обѣ названныя статьи, 16 и 17-я. Первая налагаетъ на центральное желѣзнодорожное общество обязанность соорудить такъ называемую вассерфаленскую железную дорогу отъ границы Солотурна и Базеля до соединенія съ гэйской желѣзной дорогой, а также содержать на ней движеніе. Вторая предписуетъ слѣдующее:

«Швейцарское центральное желѣзнодорожное общество обязуется съ своей стороны сдѣлать все необходимое для исходатайствованія выдачи ей концессіи на вассерфаленскую желѣзную дорогу отъ границы кантона Базель до соединенія съ гэйской желѣзной дорогой и на участокъ отъ Солотурна до Шöнбюля, эти линіи должны быть окончены и открыты для правильнаго на нихъ движенія въ теченіи 5 лѣтъ, считая отъ выдачи концессіи союзомъ, исключая замедленія отъ дѣйствія непреодолимой силы».

Для этого междукантональный комитетъ передаетъ составленные планы и напечатанныя записки, а также выданныя на гэйскую желѣзную дорогу концессіи и обязуется исходатайствовать правительственное разрѣшеніе на ихъ уступку и доставить третью часть предположеннаго строительнаго капитала въ размѣрѣ 12 милліоновъ франковъ. Для разбирательства споровъ о толкованіи договора учреждается третейскій судъ въ порядкѣ, который ближе опредѣляется въ ст. 20.

Первая часть договора: сооруженіе гэйской желѣзной дороги и содержаніе на ней движенія—приведена въ исполненіе центральнымъ желѣзнодорожнымъ обществомъ, выполненіе же другой части: вассерфаленской желѣзной дороги и линіи отъ Солотурна въ Шöнбюль, хотя и начато, но впослѣдствіи снова остановлено,

Согласно союзному опредѣленію 23-го сентября 1873 года, которымъ разрѣшена концессія на обѣ линіи, свидѣтельство о собранныхъ капиталахъ (Finanzausweis) должно быть представлено въ теченіи 12 мѣсяцевъ, земляныя работы должны быть начаты до 1-го января 1875 года и сооруженіе обѣихъ линій окончено къ 1-му августа 1878 года. Опредѣленіе союзнаго совѣта (Bundesrath), состоявшееся 29-го августа 1874 г., отложило оба первые срока до 1-го февраля 1876 года, но разрѣшило обществу приступить къ работамъ по вассерфаленскому тóннелю до представленія разцѣночной вѣдомости. Осенью 1874 года производство работъ по прорытію тóннеля было передано строительному обществу, лѣтомъ же 1875 г. онѣ снова остановлены. Линія между Солотурномъ и Шёнбюлемъ была тоже начата и нѣсколько ея участковъ закончены и открыты для движенія и такимъ образомъ другая часть договора приведена въ исполненіе.

Осенью 1875 года распространился слухъ, что центральная желѣзная дорога намѣрена оставить сооруженіе вассерфаленской желѣзной дороги. Когда попытки солотурнскаго правительственнаго совѣта собрать объ этомъ свѣдѣнія въ правленіи центральной желѣзной дороги остались безуспѣшными, тогда комитетъ гэйской желѣзной дороги поручилъ въ засѣданіи 9-го января 1876 г. исполнительному правленію, по соглашеніи съ правительствомъ кантона Солотурнъ, принять необходимыя мѣры, чтобы договоръ былъ выполненъ, и, въ случаѣ необходимости, обратиться къ защитѣ суда. Уполномоченные центральной желѣзной дороги заявили на совѣщаніи обѣихъ сторонъ, состоявшемся въ Ольтенѣ 22-го января, что центральная желѣзная дорога не имѣетъ возможности при настоящемъ финансовомъ кризисѣ собрать денежныя средства для сооруженія вассерфаленской желѣзной дороги и предоставить объ этомъ свидѣтельство (Finanzausweis). Такимъ образомъ, наступило предусмотрѣнное въ договорѣ дѣйствіе непреодолимой силы, и правленіе рѣшилось требовать у союзнаго совѣта отсрочки до 1881 г. на представленіе свидѣтельства о составленіи капитала и для оффиціальнаго начала земляныхъ работъ. Вскорѣ затѣмъ правленіе сообщило комитету, что оно уже сдѣлало этотъ шагъ и представило въ союзный совѣтъ просьбу о продленіи срока для начала земляныхъ работъ до 31-го декабря 1881 года, а для окончанія дороги—до 31-го марта 1887 года, и что союзный совѣтъ въ опредѣленіи 8-го

февраля 1877 года отчасти удовлетворилъ этому ходатайству, отложивъ срокъ на представленіе техническихъ и финансовыхъ проектовъ до 31-го декабря 1878 года, для начатія земляныхъ работъ до 31-го марта 1879 года, а для окончанія сооруженія дороги и открытія на ней движенія до 31-го марта 1884 года.

Еще до постановленія этого союзнаго опредѣленія, именно 1-го декабря 1876 года, междукантональный приготовительный комитетъ гэйской желѣзной дороги предъявилъ противъ общества швейцарской центральной желѣзной дороги искъ въ третейскій судъ, учрежденный въ Солотурнѣ согласно ст. 20 договора.

Исковое требованіе основывается на томъ, что вассерфаленская желѣзная дорога, а также продолженіе ея до Шёнбюля должны быть, согласно договору, къ 23-му сентября 1878 года окончены и открыты для движенія, что составляетъ обязательство гражданское, отъ исполненія котораго отвѣтчикъ не могъ быть освобожденъ продленіемъ со стороны государства въ концессіи указаннаго срока. Центральная желѣзная дорога заявила, что она намѣрена продолжать вассерфаленскую желѣзную дорогу не ранѣе 1881 г. Но если бы даже она къ этому приступила и ранѣе, то во всякомъ случаѣ, вслѣдствіе продолжительнаго промедленія, слѣдовательно по винѣ центральной желѣзной дороги, время окончанія принадлежащихъ сюда сооруженій не совпадетъ съ условленнымъ срокомъ.

На этомъ основано исковое требованіе:

«Общество швейцарской центральной желѣзной дороги обязано окончить вассерфаленскую желѣзную дорогу до соединенія съ гэйской желѣзной дорогой и продолженіе вассерфаленской желѣзной дороги отъ Солотурна въ Шёнбюль въ теченіи 5 лѣтъ отъ выдачи союзомъ концессіи (23-го сентября 1873 г.), открыть ихъ для правильнаго движенія и содержать впослѣдствіи движеніе, или въ случаѣ неисполненія этого обязательства:

1) Внести междукантональному приготовительному комитету гэйской желѣзной дороги или преемнику его правъ для обращенія на сооруженіе названныхъ дорогъ и открытія на нихъ движенія нужныя для этого суммы, а именно на вассерфаленскую желѣзную дорогу 17.000,000 фр., а на желѣзную дорогу отъ Солотурна въ Шёнбюль 5.875,000 фр.,—съ оговоркой, что израсходованное свыше или ниже этихъ суммъ должно быть разсчитано по окончаніи сооруженія.

2) Покрыть всѣ могущіе обнаружиться въ будущемъ убытки по содержанію движенія на обѣихъ линіяхъ, если центральная желѣзная дорога не пожелаетъ, имѣя въ настоящее время въ своемъ распоряженіи концессіи (Concessionsinhaberin), перевести на себя собственность на оба пути, по ихъ окончаніи, и содержаніе на нихъ движенія съ уплатой стоимости.»

Въ отвѣтѣ отвѣтчика отъ 31-го іюля 1877 года фактическое основаніе иска признается въ существѣ правильнымъ. Возраженіе противъ отдѣльныхъ пунктовъ, относящихся до предшествующихъ договору событій, не имѣетъ никакого значенія для *юридическаго* разсмотрѣнія, такъ что предстоящее изслѣдованіе ограничивается разборомъ тѣхъ основаній права, на которыхъ отвѣтчикъ пытается установить свою безотвѣтственность.

Какъ замѣчено уже выше, отвѣтчикъ приложилъ къ своему отвѣту три мнѣнія (Gutachten), усвоивъ въ своемъ отвѣтѣ изложенныя въ нихъ юридическія соображенія. Первое изъ этихъ мнѣній (высказанное Гейслеромъ) было составлено, по свидѣтельству отвѣтчика, въ декабрѣ 1875 года, слѣдовательно, въ такое время, когда искъ не былъ еще предъявленъ, когда еще не было вовсе извѣстно, будетъ-ли онъ возбужденъ. Несомнѣнно, что оно послужило руководящей нитью въ положеніи, занятомъ центральнымъ правленіемъ относительно гэйской желѣзной дороги. Два другія мнѣнія—Рено и Броше, составлены послѣ предъявленія иска въ 1877 году и ссылаются на него. Оба мнѣнія стоятъ независимо одно отъ другаго и оба, хотя отчасти различаются въ развитіи основаній, въ сущносги согласны съ первымъ мнѣніемъ.

ВОПРОСЫ ПРАВА ВЪ НАСТОЯЩЕМЪ ПРОЦЕССѢ.

---

§ 2.

Междукантональный комитетъ въ Солотурнѣ сообщилъ мнѣ чрезъ посредство г-на повѣреннаго Галлера въ Бруггѣ слѣдующіе отдѣльные пункты, по которымъ онъ желаетъ знать мой взглядъ:

«Мы просимъ васъ высказать свое мнѣніе по слѣдующимъ отношеніямъ, чтобы возражать на отвѣтъ:

1) Центральное желѣзнодорожное общество отрицаетъ за комитетомъ гэйской желѣзной дороги свойство субъекта права и хочетъ этимъ высказать не только то, что мы не имѣемъ правоспособности стать на судѣ, но также и то, что мы не были правоспособны къ заключенію договора.

Не говоря того, что прежде центральная желѣзная дорога постоянно признавала по отношенію къ намъ договоръ въ силѣ и даже въ значительной части выполнила его, не говоря того, что отрицаніе правоспособности стать на судѣ противорѣчитъ опредѣленіямъ самаго договора, вводящаго третейскій судъ для разбора споровъ,—мы можемъ сообщить вамъ, что за послѣднія шесть или семь лѣтъ въ Швейцаріи былъ заключенъ цѣлый рядъ договоровъ между желѣзнодорожными обществами и такъ называемыми учредительными комитетами, предметъ которыхъ, подобно нашему, составляло сооруженіе желѣзныхъ дорогъ, частью уже оконченныхъ, частью приходящихъ къ окончанію; ни въ одномъ изъ этихъ разнообразныхъ случаевъ относящіеся сюда учредительные комитеты не находились въ иномъ, лучшемъ положеніи, нежели комитетъ гэйской желѣзной дороги.

Допуская, что возраженія, дѣлаемыя противъ нашей правоспособности, согласны съ господствующимъ ученіемъ о правѣ, быть

можетъ, на основанiи изложенныхъ обстоятельствъ, долженъ быть поставленъ такой вопросъ: нѣтъ ли въ многочисленности и постоянномъ повторенiи подобныхъ договоровъ съ учредительными комитетами, которые конечно не преслѣдуютъ личнаго имущественнаго интереса, а также не имѣютъ значенiя юридическихъ лицъ въ общепринятомъ смыслѣ,—начала новаго правообразованiя, которому не можетъ оставаться чуждъ судья?

Къ этому присоединяется то, что настоящiй вопросъ постоянно разрѣшался въ такомъ смыслѣ высшими союзными правительственными учрежденiями, на сколько это ихъ касалось, ибо они выдавали подобнымъ комитетамъ безпрепятственно желѣзнодорожныя концессiи и постоянно утверждали уступку концессiй комитетами желѣзнодорожнымъ обществамъ. Тоже самое было сдѣлано и относительно комитета гэйской желѣзной дороги. Относительно настоящаго вопроса профессоръ Д. Г. Фогтъ въ Цюрихѣ даетъ нѣкоторыя свѣдѣнiя въ мнѣнiи, поданномъ правительственному совѣту кантона Базель по поводу вассерфаленской и вальденбургенской желѣзной дороги.

Мы просимъ васъ высказать свое мнѣнiе по слѣдующему вопросу:

Не слѣдуетъ-ли признать, что комитетъ гэйской желѣзной дороги былъ правоспособенъ къ заключенiю договора и поэтому имѣетъ право требовать его исполненiя судебнымъ порядкомъ?

2) Защита въ дальнѣйшемъ старается доказать, что требованiе, нами предъявленное, не исковое, потому что мы не имѣемъ въ немъ никакого имущественнаго интереса.

Мы не ставимъ объ этомъ предметѣ отдѣльнаго вопроса, исходя изъ воззрѣнiя, что онъ стоитъ въ тѣсной связи съ возбужденнымъ въ пунктѣ 1-мъ вопросомъ, а поэтому долженъ быть тамъ разрѣшенъ.

3) Могутъ-ли быть признаны приводимыя въ свою защиту центральной желѣзной дорогой основанiя при ссылкѣ на дѣйствiе непреодолимой силы достаточными, чтобы ссылка эта могла быть принята уважительной?

Я разсмотрю поставленные мнѣ вопросы въ томъ порядкѣ, въ какомъ они здѣсь изложены. Всѣ они имѣютъ общiй научный интересъ, это—чисто теоретическiе вопросы, разрѣшенiе которыхъ должно возбудить далеко за предѣлы настоящаго случая выхо-

дящій интересъ, и именно это основаніе побудило меня принять обращенный ко мнѣ въ высшей степени для меня почетный запросъ. При составленіи настоящаго мнѣнія я преслѣдовалъ не одну только ближайшую практическую цѣль придти на помощь истцамъ въ ихъ, по моему мнѣнію, совершенно безспорномъ правѣ, но также извлечь изъ настоящаго случая пользу для науки чрезъ обстоятельное изслѣдованіе трехъ вопросовъ, подлежащихъ разсмотрѣнію, на основаніи представленнаго отвѣта противъ исковаго требованія, а именно:

1) Право и процессуальная способность комитета (§ 3—8).

2) Мнимая необходимость имущественнаго интереса на сторонѣ вѣрителя при требованіи исполненія заключеннаго имъ договора (§ 9—10).

3) Правильное ограниченіе понятія о непреодолимой силѣ (§ 20—21).

I.

Право и процессуальная способность истца.

A) Возраженіе противной стороны.

§ 3.

Первое высказанное по настоящему дѣлу мнѣніе Гейслера еще не отрицаетъ права и процессуальной способности истца, напротивъ, ее прямо признаетъ составитель мнѣнія, оспаривая только существованіе юридически преслѣдуемаго интереса. Споръ противъ права и процессуальной способности возбуждается въ мнѣніи Рено, съ которымъ въ главномъ совпадаютъ воззрѣніе Броше и объясненія на судѣ повѣреннаго отвѣтчика. Такимъ образомъ мы можемъ здѣсь исключить изложенія перваго мнѣнія.

Авторъ мнѣнія приступаетъ къ юридическому изслѣдованію настоящаго спорнаго дѣла постановкой вопроса: имѣется-ли здѣсь вообще процессуально-способное лицо? Искъ вызываетъ разсмотрѣніе *субъекта*, отъ *имени* котораго предъявлено требованіе, и опредѣленіе того, имѣетъ-ли онъ *процессуальную способность*.

Искъ предъявленъ отъ имени междукантональнаго приготовительнаго комитета гэйской желѣзной дороги чрезъ посредство его исполнительнаго правленія на основаніи выданнаго ему комитетомъ полномочія на веденіе дѣла. Междукантональный комитетъ возникъ изъ учредительнаго комитета, который въ свою очередь былъ выбранъ учредительнымъ обществомъ для приведенія въ исполненіе его постановленій, поэтому прежде всего необходимо изслѣдовать и установить понятіе и положеніе этихъ трехъ союзовъ.

Обращаясь вмѣстѣ съ Рено сначала къ учредительному обществу, мы считаемъ безспорнымъ, что оно не имѣетъ значенія акціо-

нернаго общества и не принадлежитъ къ иному роду лицъ юридическихъ; поэтому мы не считаемъ нужнымъ снова приводить тѣ основанія, на которыхъ Рено опираетъ свое сужденіе.

Учредительное общество, продолжаетъ затѣмъ далѣе Рено, не есть даже простое товарищество (Societas privata) въ гражданскомъ смыслѣ, потому что товарищество по существу своему должно быть ограниченнымъ, замкнутымъ союзомъ, учредительное же общество было единство съ неограниченнымъ числомъ членовъ, такъ какъ всякій предъявитель, на основаніи § 4 устава выпущенныхъ учредительскихъ акцій пяти-франковаго достоинства съ цѣлью покрытія предварительныхъ издержекъ, считался въ силу § 21 устава членомъ общества, число акцій не было опредѣлено. Сомнительно также, можетъ-ли учредительное общество быть отнесено къ понятію союза (Verein) въ смыслѣ, указанномъ въ § 1,224 солотурнскаго гражданскаго уложенія, ибо здѣсь союзъ опредѣляется,—какъ соединеніе многихъ лицъ для преслѣдованія «научныхъ, художественныхъ или другихъ общеполезныхъ или общественныхъ цѣлей», куда не подходитъ товарищество, цѣль котораго состоитъ въ образованіи окончательнаго общества для сооруженія желѣзной дороги. Поэтому учредительное общество неправоспособно ни для пріобрѣтенія на свое имя правъ, ни для заключенія обязательствъ, ни для веденія, *какъ таковое*, процессовъ.

Еще въ большей степени тоже самое примѣняется относительно учредительнаго комитета, такъ-какъ онъ избранъ учредительнымъ обществомъ исключительно для приведенія въ исполненіе его постановленій и не можетъ вести никакихъ процессовъ, будучи только органомъ учредительнаго общества. Не можетъ также имѣть иное юридическое значеніе междукантональный приготовительный комитетъ гэйской желѣзной дороги, ибо, хотя онъ и созданъ для болѣе широкой цѣли, но рядомъ съ нимъ удерживаетъ свое положеніе учредительный комитетъ. «Междукантональный комитетъ, какъ расширенный учредительный комитетъ, имѣлъ поэтому значеніе органа учредительнаго общества, первоначальная цѣль котораго, по очень своеобразному порядку, была расширена не въ силу опредѣленія общества, но *самовольно* самымъ учредительнымъ комитетомъ... Какъ органъ посторонняго общества, междукантональный комитетъ не имѣетъ значенія ни лица юридическаго, ни иного самостоятельнаго союза....... Дѣятельность

комитета, какъ правленія общества, направляется на достиженіе цѣлей союза; сами эти цѣли чужды комитету, какъ таковому, чужды отдѣльнымъ членамъ комитета въ ихъ качествѣ членовъ. Междукантональный комитетъ, какъ таковой, не могъ поэтому предъявить иска, ибо за нимъ не признается юридическая личность. Не могли также и отдѣльные члены комитета, какъ таковые, стать на судъ въ качествѣ совмѣстныхъ истцовъ или активныхъ исковыхъ товарищей, потому что они не имѣютъ никакого собственнаго интереса, будучи только членами органа учредительнаго общества».

Названное мнѣніе затѣмъ переходитъ къ разсмотрѣнію дѣятельности, проявленной этимъ комитетомъ.

Комитетъ далѣе организовался, какъ будто-бы онъ былъ самостоятельнымъ союзомъ: изъ среды его избраны два правленія, одно-большее, другое-меньшее, а также исполнительное правленіе для веденія текущихъ дѣлъ,—ему выдаются концессіи, причемъ вовсе не упоминается объ учредительномъ обществѣ;—онъ заключаетъ договоръ съ центральной желѣзной дорогой, въ которомъ обѣ стороны носятъ названіе «договаривающихся», причемъ сдѣлана оговорка объ утвержденіи договора междукантональнымъ комитетомъ, и вовсе не упомянуты ни учредительное общество, ни другіе довѣрители; по договору концессія уступается и комитетъ обязуется внести третью часть необходимаго для сооруженіа капитала. На основаніи всего вышеизложеннаго нельзя отрицать, что съ дальнѣйшимъ ходомъ дѣлъ междукантональный комитетъ является не только какъ комитетъ или органъ общества, но какъ самостоятельный союзъ съ корпоративнымъ устройствомъ. На сколько подобное, по крайней мѣрѣ кажущееся, измѣненіе было основательно по праву, составитель разсматриваемаго мнѣнія не берется рѣшить, но во всякомъ случаѣ вслѣдствіе этого комитетъ не сдѣлался ни юридическимъ лицомъ; онъ даже не могъ имѣть значенія товарищества или союза въ смыслѣ юридическомъ, потому что онъ не преслѣдовалъ никакихъ самостоятельныхъ цѣлей, но остался органомъ, которому ввѣрены чужіе интересы, что явствуетъ изъ статьи 13-й состоявшагося между обѣими тяжущимися сторонами договора, гдѣ говорится: «междукантональный приготовительный комитетъ сохраняетъ свою должность (Amt) до полнаго выполненія договора»,—нельзя сказать относительно товарищества, что оно сохраняетъ свою должность (Amt).

Поэтому междукантональный комитетъ не въ правѣ былъ, какъ это случилось въ настоящемъ исковомъ требованіи, явиться въ качествѣ истца; онъ не могъ дать уполномочія своему исполнительному правленію на веденіе процесса, а этотъ послѣдній не могъ передать возложеннаго на него полномочія повѣренному. Недостатокъ процессуальной способности не можетъ быть снятъ ни по волѣ членовъ союза, ни въ силу признанія со стороны другихъ лицъ, поэтому истецъ не можетъ ссылаться на то, что онъ въ договорѣ съ центральной желѣзной дорогой признается въ качествѣ «договаривающейся стороны».

Разсматриваемое мнѣніе ставитъ далѣе вопросъ: не могутъ-ли члены комитета предъявить искъ въ качествѣ отдѣльныхъ лицъ, совмѣстныхъ истцовъ, активныхъ исковыхъ товарищей,—и рѣшаетъ его отрицательно на томъ основаніи, что отдѣльные члены, *какъ таковые,* въ противуположность ихъ качеству представителей общества, котораго они являются органомъ, не имѣютъ интереса и не могутъ его защищать, ибо искъ предъявленъ отъ имени междукантональнаго комитета, какъ единства, отдѣльные члены котораго вовсе не выдѣляются.

Б) Разборъ.

Практическія послѣдствія воззрѣнія противной стороны.

§ 4.

Можетъ-ли комитетъ предъявить исковое требованіе на основаніи заключеннаго имъ договора? На этотъ вопросъ теорія противной стороны даетъ отрицательный отвѣтъ, такъ-какъ комитетъ не есть юридическое лицо (что вполнѣ правильно), но только множество лицъ физическихъ, поставившихъ своей задачей представительство и защиту интересовъ другихъ за ними стоящихъ лицъ; только эти послѣднія имѣютъ право на искъ, а не комитетъ, потому что тѣ интересы, защиту которыхъ послѣдній преслѣдовалъ-бы на судѣ, не суть его собственные, но интересы постороннихъ.

Попробуемъ, къ чему приведетъ насъ такая теорія. Я приведу примѣръ изъ воспоминаній моей академической жизни. Въ

1837 году извѣстные семь гёттингенскихъ профессоровъ, заявившихъ протестъ противъ отмѣны королемъ Эрнстъ Августомъ ганноверскаго основнаго государственнаго закона, были удалены отъ должности и изгнаны изъ страны. Тоже самое сдѣлало датское правительство въ 1852 году съ нѣсколькими профессорами въ Килѣ. Въ обоихъ случаяхъ для оказанія содѣйствія изгнаннымъ профессорамъ образовался центральный комитетъ, обратившійся съ вызовомъ о присылкѣ пожертвованій и объ учрежденіи мѣстныхъ комитетовъ. Полученныя деньги, въ томъ количествѣ, которое превышало требованія данной минуты, вносились на проценты одному изъ банкировъ. Допустимъ, что комитетъ былъ-бы вынужденъ предъявить къ послѣднему искъ, какъ долженъ-бы былъ рѣшить судья. Я приведу слова изъ основнаго мнѣнія Рено: «искъ долженъ быть по усмотрѣнію самаго суда отвергнутъ, такъ какъ *состязаніе* и *рѣшеніе* по такому иску заключали-бы въ себѣ существенный недостатокъ». Renaud, Civilprocess (2 Aufl) стр. 119 пр. 22 и 23. Судья долженъ-бы вмѣстѣ съ названнымъ ученымъ сказать, что комитетъ не можетъ, какъ таковой, предъявить иска, потому что онъ не есть лицо юридическое; комитетъ имѣетъ значеніе только коллективнаго наименованія для отдѣльныхъ членовъ комитета,—то и другое вполнѣ вѣрно,—и если комитетъ заключилъ договоръ, то не для себя онъ его заключилъ, но для своихъ довѣрителей, эти послѣдніе могутъ или сами предъявить искъ, или уполномочить къ этому комитетъ; помимо такого полномочія послѣдній не имѣетъ права иска, такъ что всѣ многочисленные подписчики на взносы со всѣхъ концовъ Германіи должны были-бы въ настоящемъ случаѣ сами предъявить искъ, или сначала выдать уполномочіе, а взносы всѣхъ тѣхъ, кто не захотѣлъ-бы подчиниться такому медленному и дорого стоющему дѣлопроизводству, банкиръ могъ-бы просто-на-просто положить себѣ въ карманъ. И это называлось-бы правомъ? Подобное рѣшеніе вызвало-бы вопль негодованія по всей Германіи, и, по моему мнѣнію, вполнѣ основательно! Простой здравый смыслъ народа выразилъ-бы тому юристу, который вздумалъ-бы оправдывать подобный порядокъ вещей: если ваше правовѣдѣніе приводитъ къ результатамъ, отъ которыхъ волосы становятся дыбомъ на головѣ, то оно кореннымъ образомъ извращено и негодно,—время положить ему конецъ и свергнуть мнимую научность вашего самозваннаго превосходства.

Но, благодаря Богу, дѣло поставлено иначе! Нѣтъ надобности въ перемѣнѣ основаній правовѣдѣнія; достаточно правильнаго ихъ примѣненія; правовѣдѣніе въ этомъ отношеніи согласуется вполнѣ съ естественнымъ чувствомъ права и съ требованіями жизни.

Я преслѣдую цѣль дать теоретическое установленіе противной стороной въ настоящемъ процессѣ оспариваемой право и процессуальной способности комитета. Послѣ выше приведеннаго примѣра я не считаю нужнымъ прибавлять хотя-бы одно лишь слово для указанія связаннаго съ этимъ практическаго значенія. Признаніе такой способности составляетъ необходимую потребность нашего настоящаго быта. Безъ этого чувство общественности, связующее людей, чувство любви къ ближнему были-бы осуждены на бездѣйствіе, и государство произвольно лишало-бы само себя содѣйствія могущественнѣйшихъ членовъ общества въ преслѣдованіи общественныхъ цѣлей; и если-бы было справедливо, что вина въ этомъ падаетъ на до сихъ поръ существовавшее право, то здѣсь открывалась-бы настоятельная потребность въ немедленномъ устраненіи такого несовершенства въ правѣ путемъ законодательнаго акта. Но въ этомъ, какъ будетъ теперь доказано, нѣтъ надобности!

II.

Теоретическое основаніе
ПРАВА И ПРОЦЕССУАЛЬНОЙ СПОСОБНОСТИ КОМИТЕТА.

А) Опредѣленіе понятія комитета.

§ 5.

Что такое комитетъ? Въ обыкновенномъ словоупотребленіи подъ комитетомъ разумѣется множество лицъ, поставившихъ себѣ цѣлью представительство и выполненіе желаній другаго *еще большаго* множества лицъ. Позади комитета всегда стоятъ другія лица, служенію которымъ комитетъ себя посвящаетъ. Юридическое положеніе комитета имѣетъ значеніе *представительства большаго* числа лицъ, преслѣдующихъ общую цѣль *меньшимъ* числомъ лицъ, всегда однако многими. Подобно тому, какъ представительство въ отношеніяхъ между отдѣльными лицами можетъ быть двоякаго рода: *по уполномочію* (mandatum) и *безъ уполномочія* (negotiorum gestio), такъ точно и въ настоящемъ отношеніи. Когда многія лица соединяются для преслѣдованія опредѣленной, общественной или частной, личной или общеполезной цѣли, то они обыкновенно составляютъ изъ своей среды для облегченія и упрощенія веденія дѣла правленіе, комитетъ—Wahlcomité (*избранный комитетъ*), который слѣдовательно становится по отношенію къ нимъ, говоря на языкѣ права, въ положеніе *повѣреннаго*. Но подобно тому, какъ отдѣльное лицо можетъ вести дѣла другаго безъ уполномочія (въ качествѣ negotiorum gestor), такъ точно и комитетъ (Initiativ comité, учредительный комитетъ). Обыкновенно первый толчекъ и первое воззваніе къ общественному преслѣдованію опредѣленныхъ общеполезныхъ цѣлей, напр.: для оказанія помощи мѣстности, по-

стигнутой несчастными случайностями, или удаленнымъ по произволу власти должностнымъ лицамъ, для проведенія желѣзной дороги и т. п.,—исходятъ отъ возникшаго по собственной инціативѣ комитета. Принимая наименованіе комитета, онъ тѣмъ самымъ объявляетъ, что намѣренъ составить личный средоточный пунктъ для всѣхъ на ту же общую цѣль направляемыхъ стремленій. Съ этимъ неизбѣжно связанъ актъ гласнаго вызова, приглашенія къ участію въ предпріятіи.

Если мы подводимъ подобный порядокъ составленія комитета къ понятію negotiorum gestio, то это имѣетъ значеніе простаго сопоставленія обстоятельствъ, такъ какъ очевидно не можетъ быть рѣчи о какихъ-бы то ни было юридическихъ отношеніяхъ между комитетомъ и въ то время еще вовсе не существующими, вполнѣ неопредѣленными членами будущаго союза. Правоотношеніе между обѣими сторонами складывается лишь послѣ вступленія членовъ, и оно должно быть отнесено, какъ это будетъ доказано ниже (§ 6), къ понятію довѣренности.

Какимъ-бы путемъ ни образовался комитетъ, по личной-ли инціативѣ, или по избранію со стороны уже существующаго соединенія, юридическій характеръ его въ обоихъ случаяхъ одинъ и тотъ же: комитетъ имѣетъ значеніе общаго обозначенія для отдѣльныхъ его членовъ. Вмѣсто переименованія всѣхъ членовъ комитета каждый разъ особо, ихъ обозначаютъ кратко, просто какъ комитетъ. Дѣлающій взносъ въ комитетъ дѣлаетъ его отдѣльнымъ членамъ и съ опредѣленной именно цѣлью, для которой они соединились въ комитетъ. Дѣлающій взносъ, ставя на своемъ письмѣ или посылкѣ адресъ «комитету», сокращаетъ свой трудъ въ двоякомъ направленіи: во-первыхъ, ему нѣтъ надобности перечислять всѣхъ лицъ, входящихъ въ составъ комитета; во-вторыхъ, указывать цѣль, для которой онъ совершаетъ взносъ, или дѣлать оговорку, что его взносъ долженъ быть употребленъ согласно назначенію: объявленная комитетомъ программа имѣетъ значеніе lex contractus для всякаго вступающаго въ союзъ члена, на основаніи котораго онъ въ правѣ предъявить исковое требованіе объ употребленіи сдѣланнаго взноса согласно съ назначеніемъ или о возвратѣ его.

Б) Правоспособность [Rechtsstellung] комитета.

1. СТОРОНА ВНУТРЕННЯЯ.

§ 6.

Относительно правоспособности комитета, т. е., согласно съ вышеизложеннымъ, отдѣльныхъ въ составъ его входящихъ членовъ, мы должны различать двѣ стороны: внутреннюю и внѣшнюю. Первая касается сначала правоспособности отдѣльныхъ членовъ комитета другъ къ другу и затѣмъ къ ихъ довѣрителямъ, послѣдняя—ко всѣмъ тѣмъ лицамъ, съ которыми они вступаютъ въ юридическія сношенія.

1) Правоотношеніе членовъ комитета между собой.

Оно можетъ быть отношеніемъ товарищества; но нѣтъ для этого никакой необходимости. Это—отношеніе товарищества, когда многіе члены возложили на себя обязанность на основаніи права къ взаимнымъ опредѣленнымъ дѣйствіямъ, будутъ-ли они имущественнаго, или личнаго свойствъ. Гдѣ это не состоится, то отношеніе имѣетъ исключительно фактическое значеніе, совершенно такъ же, какъ взаимное согласіе многихъ сходиться для совмѣстной прогулки или для посѣщенія театра; каждый изъ членовъ можетъ воздержаться отъ участія на болѣе или менѣе продолжительное время и можетъ всегда заявить о своемъ выходѣ безъ всякихъ въ связи съ этимъ находящихся юридическихъ послѣдствій, на сколько нѣтъ основанія для actio doli, вопросъ о которой сюда не относится.

2) Правоотношеніе къ довѣрителямъ.

Оно всегда должно быть означаемо какъ *довѣренность*. Примѣненіе основныхъ положеній объ negotiorum gestio къ отношеніямъ учредительнаго комитета не допускается оттого, что будущіе довѣрители въ то время вовсе еще не существуютъ. Они входятъ въ сношеніе съ комитетомъ только путемъ сдѣланнаго заявленія о вступленіи, присылкой взноса, подпиской на акціи и т. п., короче—посредствомъ опредѣленнаго дѣйствія. Съ этимъ моментомъ, когда въ ихъ лицѣ складываются условія для negotiorum gestio, такъ какъ они становятся «участниками», снова второе условіе для

negotiorum gestio отпадаетъ: веденіе чужихъ дѣлъ безъ уполномочія, такъ какъ въ дальнѣйшемъ комитетъ дѣйствуетъ не безъ ихъ вѣдома и согласія (Wissen uud Wollen), но въ силу ихъ уполномочія. Послѣ состоявшагося вступленія членовъ, будетъ-ли вмѣсто учредительнаго комитета избранъ новый, или первый снова утвержденъ въ своемъ званіи (Amt), но съ этого времени, вмѣсто подразумѣваемаго уполномочія, является явно выраженное не только для большинства, но и для меньшинства и для позже вступившихъ. Поэтому отношеніе комитета къ своимъ довѣрителямъ имѣетъ постоянно значеніе довѣренности. Если комитетъ станетъ расходовать сдѣланные взносы въ противность указанному назначенію, то каждому довѣрителю принадлежитъ на этомъ основаніи actio mandati или другая совмѣстно съ ней существующая condictio ob causam datorum, которыя и могутъ быть предъявлены, по выбору, на возвращеніе сдѣланнаго взноса.

Отвѣтчикъ и Рено обозначаютъ положеніе комитета по отношенію къ его довѣрителямъ названіемъ *органа*, и я не нахожу никакихъ возраженій противъ самаго названія, хотя долженъ выступить со всей силой противъ того ученія, которому оно должно служить основаніемъ. Комитетъ есть органъ своихъ довѣрителей ни болѣе, ни менѣе, какъ повѣренный есть органъ своего довѣрителя; оба они должны приводить въ исполненіе волю другаго. Я не нахожу также никакихъ возраженій противъ примѣненія относительно комитета названія «должность» (Amt), которымъ отвѣтчикъ думаетъ воспользоваться для своего дѣла. Такое названіе служитъ указаніемъ на *продолжительное* представительство чужихъ выгодъ; въ нашемъ языкѣ оно, какъ извѣстно, примѣняется не только для представительства общественныхъ интересовъ государственными или общественными должностными лицами, но также интересовъ частныхъ чрезъ опекуновъ (должность опекуна—Amt des Vormundes).

Развиваемое здѣсь воззрѣніе примыкаетъ относительно вводимыхъ сюда понятій къ римскому праву, но это воззрѣніе вполнѣ независимо отъ практическаго примѣненія римскаго права, такъ какъ оно обращается не съ положительными римскими, но съ общепринятыми юридическими понятіями; оно раскрываетъ только самими отношеніями указываемую юридическую ихъ природу. То же самое должно сказать и о дальнѣйшемъ изложеніи, которое стремит-

ся достигнуть вполнѣ независимой отъ положительно дѣйствующаго римскаго права истины (Wahrheit). То и другое основываютъ на томъ свое значеніе, что юристъ, разсматривающій отношеніе юридически, *не можетъ* придти къ иному воззрѣнію, что оно неизбѣжно (unabweisbar),—неизбѣжно, не потому, что наше выросшее въ школѣ римскаго современное правовѣдѣніе усвоило себѣ понятія римскаго права, привыкнуло къ его порядку мышленія, но потому, что римское правовѣдѣніе въ заимствованныхъ нами отъ него понятіяхъ только то возвело въ юридическое сознаніе въ образѣ понятій, что дѣйствительно (thatsächlich) содержится въ волѣ (Wille) сторонъ и въ цѣли (Zweck), на которую эта воля направлена.

2. СТОРОНА ВНѢШНЯЯ.

§ 7.

Наше право знаетъ, какъ извѣстно, два пути или формы, въ которыхъ представитель чужихъ интересовъ можетъ совершать дѣйствія, направленныя на внѣшнюю сторону, т. е., заключать юридическія сдѣлки: это—*посредственное* и *непосредственное* представительство. Первое состоитъ въ томъ, что представитель (я называю его *замѣститель*—Ersatzmann) заключаетъ сдѣлку отъ своего собственнаго имени, совершенно такъ, какъ если-бы онъ имѣлъ ее въ виду для себя, такъ что предназначеніе ее въ пользу хозяина, хотя можетъ быть и извѣстно третьему лицу, быть можетъ даже ему это особо сообщено, но не принимается во вниманіе. Здѣсь заключающій договоръ совершенно также обязанъ и управомоченъ относительно третьяго лица, какъ-бы онъ заключилъ сдѣлку для себя; нуженъ сначала особый актъ между нимъ и хозяиномъ сдѣлки (Geschäftsherr) для перенесенія на послѣдняго положительнаго и отрицательнаго ея дѣйствія. Это была первоначальная и долго господствовавшая въ Римѣ форма представительства. Опекунъ долженъ былъ ее примѣнять, когда онъ думалъ заключить договоръ для отсутствующаго или находящагося въ дѣтскомъ возрастѣ опекаемаго.

Рядомъ съ этой посредственной формой представительства, и не вытѣсняя ее изъ примѣненія въ жизни, въ настоящее время новѣйшее римское право выработало еще другую форму: непосред-

ственное представительство или представительство въ тѣсномъ смыслѣ. Оно состоитъ въ томъ, что представитель заключаетъ сдѣлку не отъ себя, но отъ хозяина сдѣлки (Geschäftsherr), или, какъ говорятъ юристы, *на его имя*, чрезъ что послѣднiй тотчасъ и непосредственно одинъ получаетъ права и несетъ обязанности.

Я могу на этомъ остановиться въ дальнѣйшемъ изложенiи этого каждому юристу близко знакомаго противоположенiя; достаточно замѣтить, что оно, хотя впервые выясненное въ римскомъ правѣ, ни въ какомъ случаѣ не имѣетъ значенiя исключительно римскаго, но содержитъ въ себѣ общую истину, вездѣ примѣнимую; которую изъ двухъ формъ хотятъ стороны примѣнить въ отдѣльномъ случаѣ,—это зависитъ отъ ихъ произвольнаго усмотрѣнiя и поэтому въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ это должно особо изслѣдовать. Не подлежитъ сомнѣнiю, что дѣло не ограничивается здѣсь одними словами, будетъ-ли заключенъ договоръ явно на имя довѣрителя, или на имя повѣреннаго, но воля можетъ быть раскрыта со всею желаемой ясностью изъ обстоятельствъ, другими словами, что изъявленiе воли относительно этого пункта можетъ быть явное и молчаливое, подразумѣваемое. Поэтому одинаково возможенъ и такой случай, что повѣренный долженъ быть признанъ *представителемъ* (Stellvertreter), хотя онъ при заключенiи договора вовсе не называлъ имени своего довѣрителя, какъ напр. служанка, обыкновенно забирающая изъ лавки товаръ для своихъ хозяевъ, или издавна извѣстный поставщику (Kunde) торговый повѣренный (Handlungsreisende), принимающiй отъ него порученiе, а также наоборотъ и такой случай, что повѣренный долженъ быть признанъ *замѣстителемъ* (Ersatzmann), хотя другая сторона не только знаетъ, для кого онъ заключаетъ договоръ, но повѣренный самъ ей это сообщилъ. По опредѣленiю германскаго торговаго уложенiя коммиссiонеръ остается коммиссiонеромъ, «одинъ прiобрѣтая права и неся отвѣтственность по сдѣлкамъ, заключеннымъ съ третьимъ лицомъ, хотя-бы онъ сообщилъ третьему лицу, по чьему порученiю онъ заключаетъ сдѣлку; то же самое имѣетъ мѣсто для отправителя грузовъ» (Spediteur,—ст. 379 des Handelsgesetzbuches).

Примѣнимъ мы все вышеизложенное къ разсматриваемымъ здѣсь внѣшнимъ отношенiямъ комитета, удерживая и далѣе это послѣднее выраженiе, ради его краткости, послѣ сдѣланнаго нами объясненiя, что мы подъ нимъ понимаемъ *отдѣльныхъ только чле-*

новъ. Комитетъ можетъ выбирать двоякую форму для своихъ договоровъ съ третьими лицами: заключать ихъ на свое имя, или на имя своихъ довѣрителей. Избравъ первую, онъ самъ пріобрѣтаетъ права и несетъ обязанности, избравъ вторую—его довѣрители. Но здѣсь отвлеченная возможность выбора становится вслѣдствіе сложившихся отношеній практически почти что непримѣнимой, потому что при примѣненіи представительной формы (Stellvertretungsform) возникаютъ такія затрудненія, что выборъ ея становится почти лишеннымъ всякаго смысла. Кто сталъ-бы заключать договоры съ комитетомъ, если онъ долженъ ожидать, что послѣдній на предъявленный къ нему искъ можетъ возразить: мы заключили съ тобой договоръ въ качествѣ «комитета», т. е., не на свое имя, но на имя нашихъ довѣрителей, не мы отвѣчаемъ, но они; если ты хочешь предъявить искъ, то вотъ наши списки членовъ, розыскивай ихъ по всей Германіи и по цѣлой Европѣ! А какъ быть относительно учредительнаго комитета, вызовъ котораго для образованія обществъ остался безъ послѣдствій? Здѣсь отвѣтъ былъ-бы слѣдующій: намъ очень жаль, что не нашлось ожидаемыхъ нами довѣрителей; мы, съ своей стороны, ни за что не отвѣчаемъ, ни за помѣщеніе для нашихъ засѣданій, которое мы у тебя наняли, ни за объявленія и афиши, которыя ты намъ напечаталъ; мы вѣдь тебѣ говорили, что мы желали заключать договоры въ качествѣ учредительнаго комитета, т. е., отъ имени въ настоящее время еще неизвѣстныхъ третьихъ лицъ; ищи самъ эти третьи лица, мы-же ихъ не могли сыскать.

Это *одна* сторона картины. Другая касается вопроса о правомочіяхъ комитета. Къ чему приведетъ насъ воззрѣніе: не комитетъ, но его довѣрители имѣютъ право по договору,—это указано мной выше относительно того случая, когда поступившіе взносы внесены на храненіе банкиру: пусть участники явятся со всѣхъ концовъ Германіи и Европы и предъявятъ противъ него искъ, банкиръ не имѣетъ дѣла съ комитетомъ, послѣдній заключалъ договоръ, приводя выраженіе отвѣтчика, въ качествѣ только «органа».

Я думаю, что не родился еще тотъ судья, который отвергнулъ-бы въ обоихъ этихъ случаяхъ предъявленный у него искъ, а если-бы онъ это сдѣлалъ, то доказалъ бы свою полную зрѣлость для поступленія въ домъ умалишенныхъ.

Я пришелъ къ заключенію: комитетъ, который совершаетъ договоръ, самъ пріобрѣтаетъ права и несетъ обязанности, развѣ-бы противоположное было условлено; это значитъ, на языкѣ права, что комитетъ заключаетъ договоръ не какъ представитель (Stellvertretter), но какъ *замѣститель* (Ersatzmann).

Противоположное признаніе ведетъ къ такимъ нелѣпымъ выводамъ, что оно должно быть просто отвергнуто, какъ несогласное съ тѣми цѣлями, которыя комитетъ преслѣдуетъ вообще, а также при составленіи отдѣльныхъ договоровъ. Единственное основаніе, которое могло-бы быть приведено въ пользу такого признанія, заключается въ томъ, что комитетъ обозначаетъ себя именемъ «комитета», заявляя такимъ образомъ, что онъ заключаетъ договоръ *не для себя*. Но подобно тому, какъ объявленіе о назначеніи договора въ пользу третьяго лица не исключаетъ собственнаго требованія и отвѣтственности коммиссіонера, грузо-отправителя, такъ точно и относительно комитета. Такое объявленіе равно согласовывается съ тѣмъ, что комитетъ хотѣлъ заключить договоръ на свое или на чужое имя, въ случаѣ же сомнѣнія относительно того значенія, въ которомъ употреблено извѣстное выраженіе, слѣдуетъ принять то, которое наиболѣе соотвѣтствуетъ цѣли сдѣлки.

l. 67 de R. J. (50. 17): Quotiens idem sermo duas sententias exprimit, ea potissimum excipiatur, quae rei gerendae aptior est.

l. 12 de reb. dub. (34. 5).... id accipi, quo res, de qua agitur, magis valeat, quam p e r e a t. l. 80 de V. O. (45. 1).... quo res, de qua agitur in tuto sit.

Такимъ образомъ мы установили положеніе: комитетъ, который заключаетъ договоръ, заключаетъ его *на свое имя*.

Отсюда слѣдуетъ, что внутреннее отношеніе комитета къ своимъ довѣрителямъ не принимается вовсе во вниманіе при опредѣленіи его отношенія къ третьимъ договаривающимся лицамъ. Безъ всякаго значенія для отношенія комитета къ третьимъ лицамъ остается, превысилъ-ли онъ полномочія, данныя его довѣрителями, и, слѣдовательно, подлежитъ отвѣтственности передъ ними, лишился-ли своего требованія противъ довѣрителей о сложеніи передъ ними своей отвѣтственности. Положеніе о томъ, что внутреннее отношеніе довѣрителя къ повѣренному не оказываетъ ни малѣйшаго вліянія выгоднаго или стѣснительнаго на внѣшнее его отношеніе къ своимъ контрагентамъ, принадлежитъ къ наиболѣе извѣстнымъ

и безспорнымъ положеніямъ всего права; всякое дальнѣйшее слово здѣсь было-бы излишнимъ.

Заканчивая наше изслѣдованіе, мы сведемъ все предшествующее изложеніе къ слѣдующимъ положеніямъ. Искъ комитета есть искъ тѣхъ отдѣльныхъ членовъ, которые входятъ въ его составъ, и доколѣ не отмѣнено положеніе, что многія лица могутъ сообща, какъ тяжебные товарищи (Sreitgenossen) предъявлять искъ, нельзя не допустить, почему то же самое не могутъ сдѣлать тѣ многія лица, которыя при заключеніи договора обозначили себя названіемъ «комитета». Право не полагаетъ никакихъ препятствій къ тому, чтобы одинъ и тотъ же договоръ былъ заключенъ многими лицами, а также относительно исковаго преслѣдованія сообща требованій, отсюда возникающихъ. Подобно тому, какъ отдѣльное лицо можетъ заключить договоръ для другаго отдѣльнаго лица *на свое* имя (замѣститель—Ersatzmann), точно также и *многія лица* могутъ заключить договоръ *для многихъ*. При сужденіи о договорѣ и объ искѣ безразлично и то, обозначать-ли себя многія лица именемъ «комитета», т. е., этимъ заявятъ, что они не заключаютъ договора въ собственномъ личномъ интересѣ, какъ не имѣетъ никакого значенія, если то же самое сдѣлаетъ отдѣльное лицо, т. е., назоветъ себя замѣстителемъ другаго лица, но заключитъ договоръ на свое имя. *Утвержденіе правоспособности (договорной, процессуальной способности) комитета есть ничто иное, какъ примѣненіе понятія правоспособности къ случаю многихъ дѣйствующихъ лицъ.*

3. ПРИМѢНЕНІЕ КЪ НАСТОЯЩЕМУ ДѢЛУ.

§ 8.

Изъ сказаннаго слѣдуетъ, что предварительная исторія междукантональнаго приготовительнаго комитета гэйской желѣзной дороги и отношеніе, въ которомъ оно стояло или стоитъ къ учредительному обществу и учредительному комитету, не имѣетъ никакого значенія для рѣшенія настоящаго спорнаго дѣла, такъ что мы можемъ оставить въ покоѣ всѣ тѣ вопросы, которые возбуждены въ отвѣтѣ и въ приложенныхъ къ нему мнѣніяхъ. Существуетъ-ли еще учредительное общество, образовано-ли юриди-

ческое лицо, дѣйствовалъ-ли учредительный комитетъ «самовольно»—всѣ эти отношенія междукантональнаго комитета къ какому-бы то ни было лицу, внѣ его стоящему, столь-же мало въ настоящемъ процессѣ имѣютъ значенія, какъ отношенія замѣстителя (Ersatzmann) къ своему довѣрителю. Для третьяго лица, съ которымъ замѣститель заключилъ договоръ, не имѣетъ никакого значенія, превысилъ-ли, исказилъ-ли замѣститель данную довѣренность. Для него весь вопросъ сводится къ тому: былъ-ли, или не былъ заключенъ договоръ? Отношеніе замѣстителя къ своему довѣрителю есть исключительно внутреннее отношеніе обоихъ названныхъ лицъ. Пусть будетъ поэтому вѣрно, что междукантональный комитетъ превысилъ свои полномочія,—это такъ же безразлично, какъ если-бы сдѣлалъ это замѣститель; отвѣтчикъ имѣетъ дѣло только съ комитетомъ, все прочее до него не касается. Не его дѣло оспаривать превышеніе со стороны истца данной ему отъ первоначальнаго комитета гэйской желѣзной дороги довѣренности, не его дѣло провѣрять: достигнута, или не достигнута та первоначальная цѣль, для которой составлены учредительное общество и учредительный комитетъ,—для него дѣло идетъ только о договорѣ, который онъ заключилъ съ извѣстными лицами, обозначившими себя названіемъ «комитета», и если эти лица, какъ это и было, дали уполномочіе на предъявленіе иска, то противъ послѣдняго не могутъ быть заявлены отводы по формѣ. Для отвода иска отвѣтчикъ долженъ-бы доказать, что онъ заключилъ договоръ не съ междукантональнымъ комитетомъ, какъ таковымъ, но съ представителемъ учредительнаго общества или учредительнаго комитета. Достаточно взглянуть на договоръ $^{16}/_{18}$ февраля 1873 года, чтобы доказать противное: здѣсь стоитъ вначалѣ: «договоръ между правленіемъ швейцарской центральной желѣзной дороги, представленнымъ гг. Сулгеръ, президентъ, и Сайлеръ, директоръ, и *междукантональнымъ приготовительнымъ комитетомъ гэйской желѣзной дороги*, представленнымъ гг. Ландаманомъ, Фигье и Баумгартнеръ». Въ ст. 21-й этого договора сдѣлана оговорка объ утвержденіи его *этимъ* комитетомъ, а не учредительнымъ обществомъ или учредительнымъ комитетомъ, что было необходимо, если-бы комитетъ хотѣлъ заключить договоръ отъ имени этихъ послѣднихъ. Только междукантональный комитетъ совершаетъ уступку полученной желѣзнодорожной концессіи

въ пользу отвѣтчика и принимаетъ условленныя по договору обязательства, о которыхъ предшествующія соединенія нигдѣ ничего не говорятъ. И этому соотвѣтствуетъ дѣйствительное положеніе комитета по отношенію къ послѣднимъ. Съ самаго начала настоящій комитетъ заявилъ себя самостоятельнымъ союзомъ. Онъ составился безъ уполномочія отъ обоихъ предшествовавшихъ союзовъ; онъ исходатайствовалъ у государственной власти концессію, вступилъ въ сношеніе съ отвѣтчикомъ, заключилъ съ нимъ договоръ, причемъ не было вовсе рѣчи о согласіи тѣхъ обоихъ союзовъ. Выставленное отвѣтчикомъ возраженіе «о самовольности» доказываетъ именно то, чего *оно не думаетъ доказывать*: именно, вполнѣ самостоятельную дѣятельность и независимость комитета безъ всякой связи съ ему предшествующими соединеніями.

Если выше (§ 7) представлено доказательство, что комитетъ въ указанномъ тамъ его значеніи (т. е. отдѣльные члены его) въ правѣ заключать договоры на свое имя или на имя своихъ довѣрителей, а изъ обстоятельствъ предлежащаго дѣла слѣдуетъ, что комитетъ гэйской желѣзной дороги заключилъ вышеприведенный договоръ не на имя учредительнаго общества или учредительнаго комитета, но на свое собственное, то нѣтъ надобности прибавлять ни одного слова къ тому, что комитетъ имѣетъ также искъ о требованіи исполненія по договору; причемъ, не подлежатъ разсмотрѣнію его отношенія къ предшествовавшимъ ему союзамъ.

На основаніи до сихъ поръ изложеннаго я не нахожу никакого препятствія разрѣшить *первый* вопросъ: не слѣдуетъ-ли признать, что комитетъ гэйской желѣзной дороги былъ правоспособенъ къ заключенію договора и имѣетъ поэтому право требовать его исполненія въ исковомъ порядкѣ, какъ не подлежащій, по моему мнѣнію, никакому сомнѣнію—утвердительно.

Если на этотъ вопросъ слѣдовало-бы дать отрицательный отвѣтъ вмѣсто утвердительнаго, то предложенный мнѣ по этому дѣлу предварительный вопросъ: имѣетъ-ли право общество центральной желѣзной дороги въ качествѣ одной изъ договаривающихся сторонъ, которая при заключеніи договора такъ же хорошо знала положеніе въ правѣ комитета, какъ она и теперь его знаетъ—предъявить отводъ о неспособности заключать договоры и становиться на судъ—долженъ быть разрѣшенъ утвердительно, потому что безусловная неспособность въ лицѣ одного изъ договаривающихся не

можетъ быть устранена признаніемъ другой стороны. Указаніе на такую неспособность не подходитъ къ понятію возраженія (Einrede), которое истецъ могъ устранить ссылкой на сдѣланное отреченіе. Поэтому не имѣетъ никакого значенія приведенное со стороны отвѣтчика признаніе правоспособности истца; существуетъ правоспособность, въ такомъ случаѣ нѣтъ нужды ее признавать, не существуетъ она, въ такомъ случаѣ признаніе ее не создастъ.

Напротивъ, такое признаніе имѣетъ значеніе во всякомъ случаѣ въ другомъ направленіи, именно относительно того *качества*, въ которомъ истецъ заключилъ договоръ съ отвѣтчикомъ, что онъ сдѣлалъ это не въ силу представительства учредительнаго общества или учредительнаго комитета, но на собственное имя. Отвѣтчикъ устранилъ возможность какого-либо сомнѣнія въ томъ, который изъ трехъ союзовъ долженъ быть признанъ, какъ пріобрѣвшій право и несущій обязанности въ силу заключеннаго договора, введя оговорку, что договоръ долженъ быть утвержденъ истцомъ, а не двумя другими союзами. Отвѣтчикъ зналъ и желалъ, чтобы междукантональный комитетъ заключилъ договоръ *на свое имя.*

III.

Интересъ и право.

(Die Interessenfrage).

A) Выводы противной стороны.

§ 9.

Денежный интересъ вѣрителя, говоритъ въ своемъ мнѣніи Гейслеръ, составляетъ существенное требованіе для обязательства не только въ римскомъ правѣ, но оно вызывается цѣлью самого обязательства. Въ предлежащемъ дѣлѣ нѣтъ такого интереса, потому что комитетъ гэйской желѣзной дороги (междукантональный приготовительный комитетъ гэйской желѣзной дороги), какъ таковой, не имѣетъ никакого интереса, потому что онъ не существуетъ въ смыслѣ юридическомъ, какъ единство, т. е., какъ лицо юридическое. Это есть слабо сплоченный союзъ, товарищество съ цѣлью составленія опредѣленнаго проекта, въ данномъ случаѣ проекта для устройства въ нѣкоторыхъ мѣстностяхъ желѣзныхъ дорогъ. Вошедшія въ составъ комитета гэйской желѣзной дороги лица выразили лично интересъ въ пользу этого проекта, и они соединились вмѣстѣ, чтобы силой взаимной дѣятельности еще болѣе оттѣнить свой личный интересъ. Отъ этого юридическое положеніе вещей не измѣнилось; все такъ же теперь, какъ и прежде, одинъ только личный интересъ отдѣльныхъ членовъ принимается во вниманіе, и онъ долженъ имѣть, чтобы пользоваться защитой права, имущественное значеніе.

Подобный денежный интересъ комитета гэйской желѣзной дороги тогда существовалъ-бы, когда самъ комитетъ принялъ-бы на себя предъ третьими лицами обязательство, обезпеченное договорной

неустойкой, о сооруженіи обѣихъ желѣзнодорожныхъ линій (вассерфаленской желѣзной дороги и дороги отъ Солотурна въ Шёнбюль) и затѣмъ заключилъ-бы съ центральной желѣзной дорогой договоръ о сооруженіи дорогъ.

Послѣдняя была-бы несомнѣнно обязана въ случаѣ неисполненія договора уплатить договорную неустойку, падающую на комитетъ. Ссылка на интересъ отдѣльныхъ мѣстностей, содѣйствующихъ сооруженію желѣзной дороги, не можетъ въ достаточной мѣрѣ замѣнить недостатокъ собственнаго интереса комитета, потому что это есть интересъ посторонній, и, какъ таковой, не приравливается къ защитѣ комитетомъ въ формѣ правовой (in Form Rechtens); мало того, можетъ быть поставленъ такой вопросъ: не дѣйствуетъ-ли комитетъ подъ вліяніемъ другихъ, прямо противоположныхъ разсчетовъ. Какого-бы, впрочемъ, одобренія ни заслуживало стремленіе доставить извѣстной мѣстности желѣзную дорогу, но оно не имѣетъ никакого имущественнаго значенія для комитета гэйской желѣзной дороги, а вмѣстѣ съ тѣмъ и относящійся сюда договоръ не имѣетъ имущественнаго значенія.

Гейслеръ не скрываетъ отъ себя то возраженіе, которое можетъ быть выставлено противъ его вывода. «Такъ, спрашиваетъ онъ, развѣ данное слово, формально заключенный договоръ, формально переданное обязательство не должны болѣе имѣть никакого юридическаго значенія?» Онъ на это даетъ отвѣтъ: «конечно, они должны его имѣть, но не далѣе того, на сколько существуетъ интересъ, нуждающійся и заслуживающій защиту въ правѣ. [1]) Безчисленное множество заключается договоровъ и дается обѣщаній, которыхъ право къ себѣ не относитъ. Комитетъ гэйской желѣзной дороги не можетъ жаловаться на то, что онъ лишенъ принадлежащаго ему права, ибо онъ сначала уже не имѣлъ никакого права. Въ распоряженіи комитета гэйской желѣзной дороги было одно вѣрное средство наложить на центральную желѣзную дорогу юридическое обязательство, стоило только условиться о неустойкѣ на случай отказа центральной желѣзной дороги отъ сооруженія названныхъ желѣзныхъ дорогъ; договорная неустойка есть именно надлежащее средство для оказанія давленія на другую договаривающуюся сто-

---

[1]) Это есть то самое опредѣленіе, которое я далъ праву въ своемъ сочиненіи «Духъ римскаго права (часть III, отдѣлъ I § 61).

рону, если первоначальное обязательство не исковое. Изъ того, что комитетъ не настаивалъ на договорной неустойкѣ, долженъ быть сдѣланъ прямо тотъ выводъ, что онъ нисколько не заблуждался въ шаткости своего положенія, какъ стороны въ правѣ (Rechts partei) по настоящему дѣлу; онъ долженъ былъ сказать себѣ, что не годится ему выговаривать неустойку въ свою пользу, потому что онъ дѣйствуетъ не изъ мѣстнаго патріотизма (Sackpatriotismus), но на пользу болѣе широкихъ круговъ, и поэтому не долженъ уже при самомъ началѣ разсчитывать на возможную для себя выгоду».

Устранивъ такимъ образомъ юридическую возможность представительства *общихъ* или общественныхъ интересовъ (allgemeinen oder öffentlichen Interessen) при сооруженіи комитетомъ обѣихъ желѣзныхъ дорогъ, Гейслеръ ставитъ вопросъ, неимѣющій никакого значенія для настоящаго процесса, именно—не въ правѣ-ли отдѣльные члены комитета заявлять свой частный личный интересъ относительно сооруженія желѣзной дороги. Мы вполнѣ съ нимъ соглашаемся въ томъ, что подобный вопросъ долженъ быть рѣшенъ отрицательно, ибо, какъ онъ справедливо замѣчаетъ, эти интересы не были въ виду при заключеніи договора; мало того, комитетъ гэйской желѣзной дороги преслѣдовалъ не личныя, но общественныя цѣли. Этотъ пунктъ совершенно устраняется изъ нашего юридическаго изслѣдованія, такъ какъ предъявленный со стороны комитета искъ вовсе не относитъ эти *индивидуальные* интересы отдѣльныхъ членовъ къ предмету требованія.

Сомнѣніе, выставленное Гейслеромъ противъ иска, состоитъ, говоря короче, въ слѣдующемъ: интересы, на защиту которыхъ комитетъ призываетъ судъ, не суть собственные, но посторонніе, а именно общіе, общественные, затерянные въ неопредѣленности. Слѣдовательно, для Гейслера не будетъ въ дѣлѣ никакой разницы, если-бы вмѣсто комитета договоръ былъ заключенъ отдѣльнымъ физическимъ лицомъ.

Въ мнѣніи Рено выставлены слѣдующія соображенія противъ требованія истца:

Истецъ требуетъ окончанія желѣзнодорожныхъ линій, которыя принадлежали-бы отвѣтчику и на которыхъ онъ долженъ-бы содержать движеніе на собственный счетъ, слѣдовательно, должникъ долженъ исполнить обязательственное дѣйствіе (facere) въ пользу должника же. Рѣшая вопросъ: есть-ли здѣсь содержаніе для

юридически дѣйствительнаго права требованія, должно исходить изъ того, что «право требованія есть право на будущее дѣйствіе лица посторонняго, имѣющее имущественную стоимость, что, слѣдовательно, обязательства, идущія на оказаніе услугъ въ особенности (obligatio faciendi), представляются правомъ на такую услугу (facere) должника, которая имѣетъ для вѣрителя *имущественную* стоимость».

Все это признается римскимъ правомъ въ многочисленныхъ положеніяхъ, которыя мы ниже подвергнемъ ближайшему разсмотрѣнію, изъ которыхъ слѣдуетъ, что отмѣна въ современномъ процессѣ рѣшеній, выраженныхъ по римскому праву въ денежной стоимости, не внесла здѣсь никакихъ перемѣнъ, такъ какъ этотъ порядокъ является слѣдствіемъ, а не основаніемъ вышеприведенныхъ началъ.

Если римское право признавало по исключенію обязательства безъ имущественно правоваго интереса на сторонѣ вѣрителя, основанныя на привязанности, ex affectus ratione, то это были единичные случаи, какъ напр., искъ на основаніи обѣщанія отпустить на волю раба; а такъ какъ подобные случаи не допускаютъ расширенія по аналогіи, то они и не имѣютъ никакого практическаго значенія въ современномъ правѣ.

Новѣйшія законодательныя работы согласно съ этимъ исходятъ изъ того положенія, что къ существу права требованія принадлежитъ такое дѣяніе, которое имѣетъ имущественную стоимость, и что преимущественно въ обязательствахъ личныхъ—obligationes faciendi, услуга—facere—должна имѣть денежное значеніе для вѣрителя. Въ особенности это ученіе проводится во французскомъ гражданскомъ кодексѣ, а также въ кодексахъ кантоновъ Солотурнъ и Бернъ.

Поэтому если къ существу обязательства принадлежитъ такое дѣйствіе, которое имѣетъ для вѣрителя денежную стоимость, то принятое обѣщаніе относительно услуги—facere,—не имѣющей для вѣрителя никакой стоимости, не производитъ юридическаго обязательства. Въ настоящемъ дѣлѣ вопросъ касается того только, имѣетъ-ли для междукантональнаго комитета денежное значеніе данное центральной желѣзной дорогой обѣщаніе о сооруженіи установленныхъ линій и о содержаніи на нихъ движенія.

Но такъ какъ комитетъ, какъ таковой, не имѣетъ имущественной правоспособности, то не имѣетъ онъ ни денежнаго интере-

са въ данномъ дѣяніи, ни права требовать вознагражденія въ случаѣ неисполненія. Не комитетъ будетъ указанъ въ искѣ, какъ заинтересованный относительно сооруженія желѣзныхъ дорогъ, но тѣ мѣстности, общины, кантонъ Солотурнъ, которые чрезъ посредство исковаго требованія достигнутъ желѣзнодорожнаго сообщенія. Но относительно всѣхъ этихъ третьихъ лицъ центральная желѣзная дорога не намѣрена была принимать обязательствъ по заключенному между ней и комитетомъ, какъ договаривающейся стороной (als Mitpaciscenten), соглашенію, не допуская никакого здѣсь посторонняго участія. Трудно объяснить, на какомъ основаніи, далѣе, комитетъ или составляющіе его члены будутъ имѣть право представлять интересы отдѣльныхъ мѣстностей, а также отдѣльнаго кантона, такъ какъ онъ не призванъ къ этому ни на основаніи закона, ни въ силу данной довѣренности. Если-бы комитетъ состоялъ отчасти изъ представителей отъ правительства кантона Солотурнъ и отъ извѣстнаго числа общинъ, то такая откомандировка (Abordnung) имѣла-бы значеніе нѣкотораго интереса, принимаемаго комитетомъ, но не составляла-бы уполномочія ни на заключеніе имъ договоровъ, ни на веденіе имъ процессовъ для кантона и для подлежащихъ общинъ. Нигдѣ въ искѣ не говорится объ имущественномъ интересѣ *членовъ* междукантональнаго комитета въ сооруженіи желѣзной дороги и въ содержаніи на ней движенія; такой интересъ нигдѣ не указывается, ни разу не сдѣлано на него намека, такъ что врядъ-ли мы ошибемся, допустивъ, что подобный интересъ вовсе не существуетъ. Комитетъ сначала уже выступилъ не какъ союзъ съ самостоятельными цѣлями, но какъ органъ другаго товарищества.

Поэтому комитетъ, допуская даже его процессуальную способность, оттого не имѣетъ права на искъ, что ему не достаетъ необходимаго въ лицѣ вѣрителя денежнаго участія въ обѣщанномъ дѣяніи.

Къ до сихъ поръ изложеннымъ основаніямъ мнѣніе *Брошe* прибавляетъ еще слѣдующее. Общественные интересы не могутъ быть предметомъ требованія со стороны *частнаго лица*; частное лицо можетъ заключать договоръ только для себя въ своемъ исключительно личномъ интересѣ. Но такъ какъ междукантональный комитетъ не имѣетъ никакихъ основаній требовать признанія за нимъ качествъ публичнаго лица, то и общественные интересы не могутъ быть предметомъ его договорныхъ соглашеній.

Повѣренный отвѣтчика сводилъ всѣ свои доводы къ слѣдующимъ положеніямъ:

1) Каждое обязательство предполагаетъ для своей дѣйствительности наличность денежнаго интереса на сторонѣ вѣрителя.

2) Въ настоящемъ дѣлѣ нѣтъ такого интереса.

3) Недостающій для установленія обязательства денежный интересъ не можетъ быть замѣненъ:

а) ни посредствомъ общеполезной цѣли,

б) ни ссылкой на участіе третьихъ лицъ, ни, наконецъ,

в) ссылкой на мнимый общественный интересъ.

4) Настоящія положенія имѣютъ значеніе не только положеній римскаго права (des gemeinen Rechts), правильность которыхъ признана наукой, но они нашли примѣненіе во всѣхъ новѣйшихъ законодательствахъ, также въ гражданскомъ уложеніи Солотурна и Берна.

Только по пункту третьему отвѣтчикъ приводитъ болѣе широкое объясненіе, содержаніе котораго мы изложимъ вкратцѣ. Оно исходитъ изъ того положенія, что для защиты общественной пользы призваны особые органы, а не произвольные союзы частныхъ лицъ. Привлеченіе представителей отъ отдѣльныхъ общинъ и двухъ кантональныхъ правительствъ не могло сообщить междукантональному комитету значенія государственно-правнаго и связаннаго съ этимъ права на защиту общественныхъ интересовъ. Представители принимаютъ участіе въ комитетѣ не въ силу своего званія, но какъ владѣльцы акцій. Въ какой степени мнимая общая польза можетъ возбуждать затрудненія, выясняется изъ настоящаго дѣла, гдѣ сооруженіе желѣзной дороги повлекло-бы за собой разореніе акціонеровъ центральной желѣзной дороги, причинивъ несравненно болѣе потерь, нежели содѣйствія интересамъ. Со времени изданія закона о сооруженіи желѣзныхъ дорогъ и о содержаніи на нихъ движенія одни только правительственныя учрежденія (Behörden) союза должны быть признаваемы за представителей общественнаго интереса въ желѣзнодорожномъ дѣлѣ. Послѣ уступки центральной желѣзной дорогѣ концессіи на сооруженіе гэйской и вассерфаленской желѣзной дороги и послѣдовавшаго утвержденія со стороны союза, на союзѣ лежитъ равно право и обязанность охранять общественный интересъ передъ центральной желѣзной дорогой. Комитетъ можетъ ходатайствовать объ участіи союза, примѣняя отно-

сительно центральной желѣзной дороги такія косвенныя мѣры принужденія, которыя по закону допускаются относительно концессіонера.

Б) Повѣрка и опроверженіе выводовъ противной стороны.

1. МНИМАЯ НЕОБХОДИМОСТЬ ИМУЩЕСТВЕННОЙ СТОИМОСТИ ОБЯЗАТЕЛЬСТВЕННАГО ДѢЙСТВІЯ.

1) Законодательное опредѣленіе.

§ 10.

Относительно выводовъ противной стороны мы должны рѣзко разграничивать два положенія,—одно, одинаково поддерживаемое всѣми четырьмя голосами, высказавшимися по дѣлу: истецъ долженъ имѣть участіе въ правѣ требованія;—другое, встрѣчающееся только у Рено и въ «отвѣтѣ»: требованіе должно имѣть *имущественную стоимость*.

Я не могу подавить удивленія, вызваннаго тѣмъ, что я нашелъ послѣднее положеніе, высказанное весьма уважаемымъ учителемъ германскаго права. Наша наука обязана здѣсь содержащимся ложнымъ ученіемъ находкѣ подлинника Гая, именно переданной имъ замѣткѣ (Gajus IV. 48), что римскій судья долженъ былъ составлять рѣшенія на деньги. Юристамъ такъ называемой исторической школы принадлежитъ великая заслуга воспользоваться самымъ плодотворнымъ образомъ этой важной находкой, относящейся къ ихъ времени, но они заслуживаютъ, по безпристрастному сужденію, упрека въ томъ, что они нерѣдко, въ ревностномъ изслѣдованіи исторіи права и при стремленіи по возможности воспользоваться сдѣланными историческими открытіями, обращались такимъ образомъ съ источниками, какъ будто послѣдніе не составляютъ предмета для практическаго приложенія, но только для ученаго изслѣдованія древности, и что при этомъ правоположенія, въ теченіи многихъ столѣтій примѣнявшіяся, просто могутъ быть отброшены въ сторону, какъ научно ложныя ученія. То же произошло съ вопросомъ объ имущественной стоимости обязательственныхъ

дѣйствій. Тогда какъ, насколько мнѣ извѣстно, наша практика вовсе не знала до того времени ничего о необходимости имущественой стоимости отыскиваемаго судебнымъ порядкомъ удовлетворенія, напр., она не встрѣчала никакого препятствія къ допущенію иска объ исполненіи брачнаго обѣщанія и предварительно присуждала здѣсь денежное удовлетвореніе; эта практика судовъ объявляла обязательную лу заключеннаго договора о воспитаніи дѣтей въ правилахъ извѣстнаго вѣроисповѣдыванія и допускала требованія денежнаго вознагражденія за боль (Schmerzengeld) при тѣлесныхъ поврежденіяхъ.— Теперь замѣтка Гая послужила толчкомъ для введенія въ практическое правовѣдѣніе догмата о денежной стоимости дѣйствія, въ подкрѣпленіе чего должно было служить приведенное у Рено положеніе изъ пандектъ, какъ указаніе источниковъ права, l. g. § 2 de statul (40. 7): e a i n o b l i g a t i o n e c o n s i s t e r e, q u a e p e c u n i a l u i p r a e s t a r i q u e p o s s u n t.

До того времени ни одинъ юристъ, на сколько я знаю, отъ глоссаторовъ до нашего столѣтія, не усматривалъ въ этомъ положеніи столь важнаго правила; всѣ истолкователи прошли мимо него безъ вниманія, нисколько не подозрѣвая того глубокаго по послѣдствіямъ своимъ содержанія, которое въ немъ должно было, какъ оказалось, заключаться.

Въ современномъ правовѣдѣніи совершился переломъ и снова возвратились къ ученію прежняго времени. Въ этомъ отношеніи особенно *Виндшейду* принадлежитъ заслуга (Pandekten II. § 251 пр. 3.), что онъ выступилъ на его защиту.

При теперешнемъ состояніи литературы и послѣ приведенныхъ Виндшейдомъ и названными у него учеными основаній въ пользу поддерживаемаго ими возрѣнія, говоря снисходительно, необыкновенно простъ кажется тотъ пріемъ, къ которому прибѣгаетъ Рено въ своемъ мнѣніи для опроверженія этого воззрѣнія, ограничиваясь здѣсь тремя словами: «иного мнѣнія Виндшейдъ».

Посмотримъ, куда приведетъ насъ ученіе о денежной стоимости!

Половой въ договорѣ съ хозяиномъ трактирнаго заведенія выговариваетъ себѣ, что по воскресеньямъ послѣ обѣда онъ будетъ свободенъ отъ своей службы. Дѣйствителенъ-ли подобный договоръ? Нѣтъ! отпускъ половаго по воскресеніямъ послѣ обѣда не имѣетъ для него никакой денежной стоимости, такъ какъ онъ намѣренъ посвятить это время на развлеченія,—до такой степени

не имѣетъ, что, наоборотъ, влечетъ за собою даже значительный расходъ. Наниматель обусловливаетъ для себя и для своихъ дѣтей пользованіе садомъ. Можетъ-ли подобный договоръ быть предъявленъ исковымъ порядкомъ? Нѣтъ! Прогулка и дѣтскія игры не имѣютъ никакой денежной стоимости. Болѣзненная женщина изъ заботливости о своемъ здоровьѣ, избѣгая въ домѣ шума, не отдаетъ въ наймы стоящія пустыми комнаты, но послѣ долгихъ просьбъ соглашается наконецъ отдать ихъ такому нанимателю, который обѣщался ей быть въ высшей степени внимательнымъ и въ особенности обязался не заниматься вовсе музыкой. Впослѣдствіи оказывается, что онъ по роду занятія учитель музыки, цѣлый день дающій уроки музыки у себя въ квартирѣ и посвящающій ночные часы для собственнаго упражненія. Обязанъ-ли онъ соблюдать договоръ? Нѣтъ! Здоровье и ночной покой не имѣютъ денежной стоимости.

Развѣ имущество есть единственное благо, которое право гражданское должно охранять? Всѣ прочія блага суть такія не имѣющіе цѣнности предметы, что судьѣ не-зачѣмъ вовсе о нихъ тревожиться, судья знаетъ одинъ разсчетъ денежнаго мѣшка. Далѣе могущества мѣшка развѣ не распространяется право?

Пожалуй, признаемъ хоть разъ такое положеніе, но мы требуемъ проведенія его во всей послѣдовательности. Допустимъ, что половой обязался оставаться по воскресеніямъ послѣ обѣда въ трактирѣ для услуженія, послѣ онъ одумывается и входитъ съ хозяиномъ въ соглашеніе, чтобъ онъ его отпускалъ по воскресеніямъ послѣ обѣда, *за что онъ обязывается* платить за наемъ вмѣсто себя помощника. Развѣ здѣсь послѣобѣденное время въ воскресные дни не имѣютъ для половаго денежной стоимости? Вѣдь онъ за него платитъ. Развѣ садъ не имѣетъ никакой стоимости для нанимателя, вѣдь онъ за него платитъ добавочную плату 100 марокъ къ платѣ за наемъ квартиры 1,000 марокъ? Хозяйка, въ вышеприведенномъ примѣрѣ, отдаетъ въ наймы комнату вслѣдствіе налагаемыхъ на нанимателя ограниченій не за 50 марокъ, но только за 40,—развѣ она даромъ пользуется спокойствіемъ у себя? Всѣ эти лица *оплатили* то благо, въ которомъ они нуждаются, и если договоръ не будетъ исполненъ другой стороной, они въ правѣ требовать, на основаніи самыхъ строгихъ началъ, возврата даннаго (condictio ob causam datorum).

Не всегда конечно столь наглядно, какъ въ приведенныхъ случаяхъ, обнаруживается то обстоятельство, что договорныя обѣщанія такого рода могутъ быть выражены въ деньгахъ. Обыкновенно договоръ заключается безъ указанія денежной стоимости по каждой отдѣльной статьѣ, но вознагражденіе опредѣляется сообща за все вмѣстѣ, тѣмъ не менѣе такія отдѣльныя статьи оказываютъ свое вліяніе на установленную по соглашенію общую сумму; онѣ входятъ въ ея составъ и всѣ складываются вмѣстѣ, хотя ихъ и не считаютъ особо. Подобно тому, какъ покупщикъ дома цѣнитъ на деньги принадлежащій къ нему садъ, хотя за тотъ и другой условлена общая цѣна, также точно и наниматель—оба *уплачиваютъ* за садъ. Равно и половой въ вышеприведенномъ случаѣ, ибо онъ получитъ менѣе рядной платы тогда, когда условится не являться по воскресеніямъ послѣ обѣда для услуженія, нежели въ томъ случаѣ если-бы онъ отъ этого отказался.

Это въ высшей степени важное представленіе о дѣйствительной, но не оттѣненной денежной стоимости договорныхъ дѣйствій, сколько я помню, не встрѣчается ни у одного изъ современныхъ юристовъ при разсмотрѣніи поставленнаго выше вопроса, но оно не ускользнуло отъ наблюдательности римскихъ юристовъ. Въ началѣ эпохи имперіи уже Сабинъ на него указываетъ, а Папиніанъ, который, по его собственному свидѣтельству, не обращалъ прежде на это вниманія, не затруднился отвергнуть свое прежнее воззрѣніе, ссылаясь на указанное понятіе, что вызываетъ вздохъ въ груди Куяція (Observ. II. 27) о томъ, что это могло-бы послужить въ назиданіе и новѣйшимъ юристамъ. Въ l. 6 § 1. de serv. exp. (18. 7) Папиніанъ возбуждаетъ вопросъ, имѣетъ-ли продавецъ раба исковое требованіе къ его покупщику на основаніи несоблюденія постановленнаго ему условіемъ особенно строго и жестко обходиться съ купленнымъ рабомъ («propter poenam homini irrogatam»), и передаетъ, что прежде онъ давалъ на это отрицательный отвѣтъ по слѣдующему основанію: viro bono non convenire credere, venditoris interesse, quod animo sarvientis satisfactum non esset, но къ этому присовокупляетъ: sed in contrarium me vocat Sabini sententia, qui utiliter agi ideo arbitratus est, quoniam h o c m i n o r i s h o m o v e n i s s e v i d e a t u r.

Здѣсь вышеприведенная точка зрѣнія выражается съ полною ясностью, такъ что съ трудомъ допускаешь, какимъ образомъ такое

множество толкователей, касавшихся этого положенія, ставя его, какъ назидательный примѣръ проявленной Папиніаномъ любви къ истинѣ, совершенно упустили изъ виду столь важное въ догматическомъ отношеніи положеніе. Случись иначе, и ученіе о денежной стоимости обязательственныхъ дѣйствій получило-бы совершенно другой видъ. Подобно тому, какъ *денежныя* ограниченія умаляютъ стоимость продаваемаго предмета и съ тѣмъ вмѣстѣ понижаютъ его цѣну при продажѣ, l. 24 de her. vendi (18, 4) . . . . . quia ideo eo minus hereditas venierit, ut id legatum praestaret emptor, точно такое же дѣйствіе имѣютъ ограниченія *не денежныя*, падающія обременительно на покупателя. L. 10 de serv. exp. (18. 7) даетъ частный примѣръ, когда кто-либо продаетъ двухъ рабовъ съ ограниченіемъ: «ne alterius servitutem quam Seji paterentur», слѣдовательно съ ограниченіемъ, которое для продавца не имѣетъ никакой *имущественной* цѣнности, но включено исключительно изъ *доброжелательства* по отношенію къ рабамъ, но такое *доброжелательство*, какъ прибавляетъ юристъ, стоило ему *денегъ:* «minerato pretio vendidit». Яволенусъ разсматриваетъ другой нѣсколько иначе сложившійся случай о договорѣ найма, въ качествѣ дополнительнаго условія при договорѣ купли продажѣ (l. 79 de contr. empt. (18. 1), и при этомъ замѣчаетъ, что Лабео и Требаціусъ думали, что не должно допускать искъ объ исполненіи дополнительнаго договора, но что онъ самъ иного мнѣнія:

Ego contra puto, s i modo ideo v i l i u s fundum vendidisti, ut haec tibi conductio praestaretur, nam hoc i p s u m pretium fundi videretur, quod e o p a c t o venditus fuerat eoque jure utimur.

Слѣдовательно, *денежная стоимость дополнительнаго договора* заключается въ *пониженной* цѣнѣ продажи.

То, что Яволенусъ считаетъ только *условіемъ* (si modo vilius vendidisti), получило у Папиніана значеніе *основанія* (quoniam hoc minoris homo venisse videatur). И, конечно, вполнѣ основательно. Ибо то условіе, вслѣдствіе котораго стороной сдѣлана сбавка, только въ самыхъ рѣдкихъ случаяхъ является, какъ таковое, при заключеніи договора, и требованіе представить о немъ доказательство въ большинствѣ случаевъ сдѣлало-бы искъ совершенно мнимымъ.

Если поэтому ученіе Папиніана вѣрно,—а въ этомъ достаточно убѣждаетъ самое поверхностное знаніе жизни,—то по ка-

кому праву судья отвергнетъ истца, который требуетъ выполненія условленнаго въ договорѣ дѣйствія, если только оно не имѣетъ на основаніи господствующаго ученія значенія имущественной стоимости? Истецъ ему возразитъ: для *меня* эти дѣйствія имѣютъ имущественную стоимость, лучшимъ доказательствомъ чего служитъ то, что я за нихъ заплатилъ. Такія дѣйствія имѣютъ стоимость не только для меня, но для всѣхъ, находящихся въ однородныхъ со мной имущественныхъ отношеніяхъ. Оглянись на жизнь, сотни и тысячи поступаютъ точно такъ же, какъ и я, и оплачиваютъ эти дѣйствія, для которыхъ примѣнима мѣра, данная римскимъ правомъ для оцѣнки вещей: l. 33 pr. leg. Aq. (9. 2) non affectiones aestimandas esse . . . . . pretia rerum non ex affectione, nec utilitate singulorum, sed communiter fungi. Дѣло идетъ здѣсь не объ исключительной прихоти нѣкоторыхъ, но о благахъ, имѣющихъ для всѣхъ имущественную стоимость. Къ чему служатъ деньги у того, кто ими обладаетъ? Развѣ только для необходимыхъ физическихъ потребностей жизни? Развѣ потребность въ развлеченіи, отдыхѣ, здоровьи, образованіи не имѣетъ своихъ правъ? Когда я по состоянію своему считаю необходимымъ израсходовать свои деньги съ подобной цѣлью, когда я ими жертвую, чтобы доставить себѣ удовольствіе имѣть садъ, покой въ домѣ, обезпечить себѣ нѣсколько часовъ для отдыха, когда я плачу за хорошо расположенное помѣщеніе съ красивымъ видомъ вдвое противъ того, что я заплатилъ-бы при другихъ обстоятельствахъ, неужели ты станешь измѣрять стоимость этихъ благъ на аршинъ бѣдняка, неимѣющаго на что себѣ ихъ доставить? То объяви же съ этимъ вмѣстѣ, что ты примѣнишь ту же мѣрку при оцѣнкѣ дорогой картины, лошади и т. п., и что высокая цѣна, за нихъ платимая любителями и знатоками, безумная цѣна, что это — «любительская, прихотливая стоимость» (Affectionswerth). Ты не можешь отказать нанимателю въ томъ, что призналъ въ пользу покупщика; охраняя тысячи послѣднихъ, заплатившихъ за право собственности на садъ, охрани сотни первыхъ, заплатившихъ за пользованіе садомъ, т. е. — за личное удовольствіе. Когда ты думаешь, что не имѣешь права предоставить имъ никакого вознагражденія за нарушенное или отнятое пользованіе садомъ, или за лишеніе красиваго вида, или за неисполненіе условленныхъ улучшеній въ квартирѣ, потому что во всѣхъ этихъ случаяхъ дѣло идетъ не о денежной стоимости,

но только объ удовольствіи; ты отнимаешь у нихъ заплаченныя ими за все это деньги, ты наносишь ударъ не только ихъ личному *пристрастію*, но принесешь ущербъ ихъ *имуществу*. Или думаешь ты выставить такое положеніе: имущество не должно быть обращено на удовольствія, а если это случится, то я не дамъ человѣку защиты? Такъ объявляешь ты борьбу всему нашему праву; наше право не различаетъ: купилъ-ли я шампанское, или пиво, картину, или стулъ; отъ усмотрѣнія моего зависитъ обратить мои деньги на мое удовольствіе, и если я пользуюсь защитой, *купивъ* садъ, то хотѣлъ-бы я знать, на какомъ основаніи мнѣ откажутъ въ защитѣ, если я его только нанялъ и требую вознагражденія за лишеніе меня удовольствія, вслѣдствіе отнятаго или нарушеннаго пользованія моего садомъ.

Мы приходимъ, отправляясь изъ точки зрѣнія ученія объ имущественной стоимости обязательственныхъ дѣйствій, къ тому заключенію, что судья тѣмъ не менѣе долженъ охранять тѣ интересы и тѣ блага, хотя это ученіе считаетъ необходимымъ *отвергнуть* всякую имущественную ихъ стоимость. Роковая ошибка, въ которую это ученіе здѣсь впадаетъ, заключается въ томъ, что оно, если мнѣ позволено будетъ разъ кратко выразиться, сводится къ имущественному *производству*, не замѣчая *потребленія* имущества. Красивый видъ изъ оконъ гостинницы, привлекающій посѣтителей, для хозяина гостинницы имѣетъ значеніе средствъ для имущественнаго *производства*; если ему застроятъ этотъ видъ, то наука признаетъ за нимъ право на вознагражденіе, потому что онъ потерпитъ денежный ущербъ въ своемъ дѣлѣ. Красивый видъ имѣетъ значеніе потребляемаго имущества для частнаго лица; если ему застроятъ такой видъ, то, согласно изложенному ученію, онъ не въ правѣ ничего требовать, потому что онъ лишается только удовольствія. Но въ дѣйствительности онъ лишается также и *денегъ*, тѣхъ денегъ, которыя онъ заплатилъ за квартиру ради красиваго вида, изъ нея открывавшагося.

Изложенное ученіе не выдерживаетъ поэтому повѣрки, исходящей изъ ея собственной точки зрѣнія; оно страдаетъ внутреннимъ противорѣчіемъ: оно защищаетъ имущество и оставляетъ его безъ огражденія тамъ, гдѣ оно сбросило свою осязательную внѣшнюю форму и преобразилось въ другія (идеальныя) блага: развлеченіе, здоровье, искусство и т. п.

Все основное положеніе изложеннаго ученія ложно въ самомъ корнѣ. Ложно то, что имущество составляетъ единственное благо, которое право должно охранять, какъ предметъ договора, и что всѣ прочія блага могутъ достигнуть участія въ защитѣ однимъ только-что указаннымъ путемъ, опирая эту защиту на имуществѣ. Тотъ же искъ, съ которымъ является на судѣ имущество, чтобы найти защиту ради самаго себя, возбуждаютъ и эти иныя блага, безъ которыхъ не можетъ обойтись жизнь культурнаго народа, и разъ допустимъ договоръ, т. е., основаніе самостоятельнаго личнаго жизненнаго строя, относительно имущества, то почему не допустить того же для *иныхъ* благъ. Полиція и уголовный судъ охраняютъ не одно только имущество, но простираютъ свою ограждающую руку на всѣ блага, безъ которыхъ жизнь не можетъ обойтись. Почему право гражданское не должно дѣлать то же? Нѣтъ никакого для этого внутренняго основанія; опись благъ, вручаемая правомъ полиціи и уголовному судьѣ, должна имѣть равное значеніе и въ гражданскомъ судѣ; какое можетъ имѣть значеніе для *потребности въ охранѣ* (Schutzwürdigkeit) будетъ ли право на эти блага основано на законѣ, или на договорѣ?

Но могутъ возразить: полиціи и уголовному судьѣ даны иныя средства защиты, нежели судьѣ гражданскому: тѣ могутъ охранять такія блага, этотъ не можетъ. Здѣсь затрогиваю я корень всего ложнаго ученія. Оттого, что гражданскій судья не имѣетъ въ своемъ распоряженіи мечъ и тюрьму, но только приговоръ на деньги, посредствомъ котораго онъ, казалось-бы, могъ оградить только такое благо, которое поддается денежной оцѣнкѣ,—защита гражданскаго судьи не дозволяется. Намъ скажутъ: когда за гражданскимъ судомъ будетъ признана власть полиціи и суда уголовнаго, тогда будетъ имѣть онъ возможность охранять такія блага, которыя не подлежатъ оцѣнкѣ на деньги; весь вопросъ сводится къ подобному усиленію гражданскаго суда.

Но на это я отвѣчу: пусть гражданскій судъ только правильно примѣняетъ деньги, и онъ убѣдится въ томъ, что въ большинствѣ случаевъ этого вполнѣ достаточно. Возможность примѣнить деньги далеко не ограничивается той функціей, которую вышеизложенная теорія исключительно имѣетъ въ виду, я называю ее *функціей выраженія стоимости* (Aequivalentfuction), т. е., однимъ опредѣленіемъ *денежной* стоимости дѣйствія. Къ этому прибавляют-

ся еще двѣ другія, которыя я назову—*карательной и возмездной функціей* (Straff und Satisfactionsfunction).

Я понимаю подъ *карательной функціей* (Straffunction) не присужденіе гражданской пени въ пользу истца, какъ это составляло цѣль римскихъ карательныхъ исковъ (Strafklagen), по *угрозу* (Androhung) наложить денежное взысканіе, какъ средство произвести давленіе на случай уклоненія отъ исполненія судебнаго приказанія, по римскому словоупотребленію слѣдовательно, я говорю о multa, а не о poena. Тотъ судья, который не достигъ этимъ путемъ желаемаго дѣйствія, долженъ винить самаго себя, что онъ не съумѣлъ въ достаточной степени воспользоваться находящимся въ его рукахъ орудіемъ. Мало десяти марокъ, пригрози 100 марками; недостаточно этого, назначь 1,000, 10,000 и т. д. марокъ. Только относительно крайне бѣднаго человѣка это средство утрачиваетъ свое значеніе. Но я вовсе не думаю касаться того, какія можетъ государство предоставлять гражданскому судьѣ иныя еще средства воздѣйствія; я желаю только доказать, что судья можетъ отправлять правосудіе съ выше указанной цѣлью огражденія *неимущественныхъ благъ* (nicht—ökonomischer Güter) посредствомъ однихъ денегъ, если онъ правильно этимъ пользуется.

Но чрезъ наложеніе денежнаго взысканія ничего не сдѣлано еще въ пользу управомоченнаго, который настаиваетъ на исполненіи договора. Эта мѣра дѣйствуетъ только на будущее, а наложенное взысканіе, когда оно будетъ приведено въ исполненіе, не попадетъ въ его карманъ, но поступитъ въ государственную казну, оно не имѣетъ значенія poena, или, по словоупотребленію германскаго права, это не возмездіе (Busse) и не вознагражденіе (Besserung), но судебный залогъ (Wette)—multa. Достаточно, если отвѣтчикъ будетъ затягивать процессъ всевозможными ничтожными возраженіями, и пока судья дойдетъ къ тому, что наложитъ на него денежное взысканіе, оно, быть можетъ, уже утратитъ всякое значеніе (такъ напр., во всѣхъ вышеприведенныхъ случаяхъ на стр. 39), а съ тѣмъ вмѣстѣ истецъ лишается своего вполнѣ основательнаго права.

Поэтому, чтобы дать взысканію большую дѣйствительность, судья долженъ имѣть возможность примѣнять деньги не только на *будущее*, но и на *прошедшее*, т. е., присуждать отвѣтчика къ уплатѣ вознагражденія истцу за правонарушеніе, послѣдствія котораго не

могутъ быть устранены. *Вознагражденіе* (Satisfaction) съ цѣлью *обезпеченія* (Sicherung) отъ *происшедшаго* нарушенія договора столь же необходимо для крѣпости договорнаго права, какъ угроза кары необходима для предотвращенія ожидаемаго нарушенія. Отказать гражданскому судьѣ въ такомъ правѣ—значило-бы осудить его на безсиліе,—оставить право истца безъ огражденія.

Но гдѣ мѣрило, по которому судья могъ-бы въ деньгахъ выразить ущербъ отъ правонарушенія, обращеннаго не на *вещь*, но на *лицо*? На это я скажу: а какое имѣетъ онъ мѣрило, когда обращается къ угрозѣ денежнаго взысканія? Какъ велико должно быть это взысканіе: 10, 20, 30, 100 марокъ? Поставимъ въ такое положеніе теоретическаго корпѣльца, отвлеченнаго юридическаго мыслителя,—онъ никогда не придетъ къ разрѣшенію; ибо что можетъ побудить его наложить взысканіе въ 30 марокъ, почему не въ 40, 50 или 60, или отчего не меньше, отчего не 20, 10 марокъ? Здѣсь возобновится точно такой случай, какъ съ осломъ сказочнаго Буридина, стоявшимъ между двухъ вполнѣ равныхъ связокъ сѣна. Въ дѣйствительности ни одинъ оселъ не становился въ затрудненіе при такомъ положеніи, только оселъ науки выкидываетъ здѣсь колѣнце, потому что его не сосетъ голодъ. Точно также и съ судьей. Отъ подобныхъ теоретическихъ умствованій его обезпечиваютъ важность задачи, отвѣтственность его положенія, и чѣмъ болѣе онъ проникается ихъ сознаніемъ, тѣмъ менѣе встрѣтитъ препятствія на столь широко отмѣрить взысканіе за легкомысленное нарушеніе принятыхъ на себя обязательствъ, что не нетолько оскорбленное чувство права пострадавшаго истца получитъ полное удовлетвореніе, но данный урокъ будетъ имѣть на будущее время для другихъ полезное, устрашающее дѣйствіе.

Я не стану вдаваться въ разсмотрѣніе того, удовлетворяетъ-ли теперешняя германская судебная практика постоянно и вполнѣ это требованіе; во всякомъ случаѣ рѣшенія судовъ другихъ странъ, напр., во Франціи и Бельгіи, свидѣтельствуютъ о томъ, что отсутствіе постояннаго мѣрила для правонарушеній, тарифа для несоблюденія договоровъ, не препятствуетъ пользоваться карательной и возмездной функціей денегъ въ такомъ объемѣ, что неимущественные интересы находятъ требуемую для нихъ охрану и что намѣреніе и добрая совѣсть не остаются пустыми звуками въ доворныхъ отношеніяхъ.

Дальнѣйшее изложеніе должно послужить къ доказательству того, что римляне очень хорошо понимали данное нами различіе въ дѣйствіи денегъ: *функція выраженія стоимости, карательная и возмездная* (Aequivalent-Straf-und Satisfactions-function) и что они не встрѣчали никакого препятствія къ самому широкому и дѣйствительному примѣненію второй и третьей функціи.

2) Положеніе вопроса въ римскомъ правѣ.

А) Принужденіе къ дѣйствію путемъ угрозы денежнаго взысканія и личныхъ карательныхъ мѣръ.

§ 11.

Оставляя въ сторонѣ, какъ общеизвѣстное, значеніе денегъ въ смыслѣ выразителей стоимости (Aequivalentfunction), я прямо перейду къ ихъ карательному дѣйствію (Straffunction). Въ этомъ отношеніи не столько нужно доказывать, сколько напомнить всѣмъ извѣстныя вещи.

Въ Римѣ существовала цѣлая категорія исковъ (направленная на exhibere и restituere), при разрѣшеніи которыхъ римскій судья долженъ былъ, по указанію назначившаго его сановника, сначала присудить отвѣтчика къ дѣйствительному исполненію должнаго (arbitrium), и только тогда, когда онъ не подчинялся этому рѣшенію, судья долженъ былъ составить противъ него приговоръ на деньги и, въ наказаніе за сопротивленіе отвѣтчика (contumacia), на такую сумму, которую подъ присягой укажетъ истецъ (juramentum in litem). Здѣсь, послѣ признанія дѣйствительности исковаго требованія, истецъ становился оцѣнщикомъ въ собственномъ своемъ дѣлѣ (arbiter liti aestimandae) и приводился къ присягѣ, какъ каждый судья и цѣновщикъ. Не опредѣленіе *денежной стоимости* имѣлось здѣсь въ виду, но опредѣленіе *размѣра возмездія* (Satisfactionssumme) за то, что отвѣтчикъ злоумышленно уклонился отъ исполненія, сдѣлавъ его невозможнымъ. Не матеріальный, но идеальный интересъ, дабы право не нарушалось легкомысленно, полу

чаетъ здѣсь удовлетвореніе: l. 1 de in lit. jur. (12. 3)..... ex contumacia aestimatur ultra rei pretium.

l. 8. ibid..... non est aequum, pretio, id est quanti res est litem aestimari, cum et contumacia puniendasit.

Я думаю, что вполнѣ превратное представленіе складывается о положеніи римскаго судьи, когда считаютъ, что онъ не могъ дѣлать замѣчаній отвѣтчику въ другихъ искахъ, кромѣ относящихся къ указанной категоріи, если отвѣтчикъ былъ въ состояніи исполнить обѣщанное дѣйствіе, напр., могъ перепродать проданную вещь, очистить отданное въ наймы жилище, но упрямился, не исполнялъ этого. Посредствомъ такого замѣчанія судья дѣлалъ отвѣтчику нужное внушеніе, что онъ впередъ наложитъ на виновнаго денежное взысканіе, ставящее его въ невыгодное положеніе въ случаѣ, если онъ будетъ далѣе упорствовать въ своемъ сопротивленіи. Не подлежитъ никакому сомнѣнію примѣненіе угрозы денежной кары относительно запрещенныхъ по рѣшенію суда на будущее время дѣйствій, напр., дальнѣйшее пользованіе непризнаннаго по суду сервитута. Въ римскомъ правѣ это совершалось въ особой формѣ обѣщанія о пенѣ, которое отвѣтчикъ давалъ по требованію суда противной сторонѣ (cautio); здѣсь примѣнялась по суду установленная и наложенная договорная пеня.

Въ Римѣ къ судьѣ (judex) примыкаетъ еще сановникъ (praetor) и, желая воспроизвести римскую организацію суда (принимая слово судъ въ современномъ его значеніи), не должно упускать изъ виду существенное участіе, падающее здѣсь на сановника. Послѣдній располагалъ для цѣлей правосудія тѣми же средствами принужденія, которыя вообще соединены съ властію сановника; къ нимъ принадлежитъ также угроза наложить денежное взысканіе multa, на противящагося. Для насъ вполнѣ безразлично, говорятъ ли римляне, или не говорятъ объ obligatio въ тѣхъ случаяхъ, когда сановникъ, при безспорности требованія, въ силу данной ему власти, принуждаетъ исполнить дѣйствіе, отъ совершенія котораго отвѣтчикъ уклоняется; довольно того, что сановникъ приложилъ свои руки къ тому, чтобы вынудить *должное дѣйствіе*: для насъ это существенно, а не названіе obligatio.

Такъ принуждалъ онъ, напр., исполнить назначенное въ завѣщаніи освобожденіе на волю раба (fideicommissaria libertas) и даже покупку съ этой цѣлью чужаго раба.

l. 6, 12, 13, 15, 24 § 12 и dp. de fideic. lib. (40. 5).

Преторъ принуждалъ, далѣе, легатара совершить возложенное на него въ отказѣ (Vermächtniss) освобожденіе дѣтей отъ родительской власти:

l. 92 de cond. (35. 1).... c o g e n d u m emancipare, neque enim debet circumveniri testantium voluntas. Paul. Sent. Recept. IV. 13 § 1 (древнѣйшее право: l. 114 § 8 de leg. I. 30).

Преторъ принуждаетъ къ соблюденію завѣщательныхъ распоряженій отца относительно дѣтей:

l. 7 i. f. de ann. leg. (33. 1)..... interventu judicis haec omnia debent.... ad effectum perduci,—къ погребенію тѣла умершаго:

l. 14 § 2 de relig. (11. 7). Si cui funeris sui curam testator mandaverit et ille accepta pecunia non duxerit..... extra ordinem eum a praetore c o m p e l l e n d u m funus ducere,—преторъ принуждаетъ къ сооруженію памятника:

l. 50 § 1. de her. pet. (5. 3)..... principali vel pontificali auctoritate c o m p e l l u n t u r ad obsequium supremae voluntatis.

Преторъ принуждаетъ совершать отъ времени до времени повторяющіеся обычные религіозные обряды отпущенными на волю:

l. 44 de man. test (40. 4)... officio tamen judicis eos esse c o m p e l l e n d o s testatricis jussioni parere (l. 71 § 2 de cond. 35. 1).

Отецъ, который отказываетъ въ разрѣшеніи на вступленіе въ бракъ или не даетъ приданаго безъ всякаго основанія, принуждается къ этому властью (Obrigkeit):

l. 19 de R. N (23. 2).... per proconsules praesidesque provinciarum c o g u n t u r;—такъ же точно принуждаются и свидѣтели на завѣщаніи къ признанію своихъ подписей:

l. 4. Test. quemadm. aper. (29. 3).... praetoris id officium est ut c o g a t signatores convenire et sigilla sua recognoscere.

Имѣющій духовное завѣщаніе на храненіи принуждается къ тому, чтобы допустить разсмотрѣніе его и снятіе съ него списка.

l. 2 § 8 ibid.... omnimodo ad hoc c o m p e l l e t u r;—избранный сторонами и изъявившій согласіе третейскій судья принуждается къ разбору дѣла и составленію о немъ рѣшенія:

l. 3 § 1 de rec. qui arb. (4. 8).... ubi semel quis in se receperit arbitrium, ad curam et sollicitudinem suam hanc rem pertinere praetor putat, l. 32 § 12 ibid. multa adversus eum dicenda est;—мужъ принуждается къ принятію сошедшей съ ума жены:

L. 22 § 8. Sol. mat. (24. 3).... adire judicem competentem, quatenus n e c e s s i t a s imponatur marito omnem tamen mulieris sustentationem sufferre et alimenta praestare et medicinae ejus succurrere.

Родители и дѣти принуждаются къ взаимному доставленію содержанія.

l. 5 de agnosc. lib. (25. 3) § 1 (c o g a t u r) § 2 (c o g a m u r) § 5 (compelletur) § 8 (ali jubebant).

Едва ли нужно упоминать что-либо относительно опекуна. До какихъ предѣловъ сановникъ расширяетъ свою заботливость о состоящемъ подъ опекой и какъ далеко здѣсь идетъ его власть показываетъ:

l. 1. § 2, ubi pup. educ. (27. 3), гдѣ юристъ ставитъ вопросъ, не имѣетъ-ли онъ въ случаѣ необходимости права принудить ближайшихъ родственниковъ принять и воспитать малолѣтняго,—вопросъ, на который онъ даетъ *утвердительный* отвѣтъ: quaestionis est, an debeat etiam i n v i t u m c o g e r e, utputa libertum, parentem vel quem alium de affinubus cognatisve? Et magis est ut interdum debeat id facere.

Всѣ вышеприведенные примѣры имѣютъ предметомъ *личныя* дѣйствія. Что римскій сановникъ не затруднялся прямо принуждать къ доставленію имущества, если по обстоятельствамъ это было необходимо и вознагражденіе не могло быть совершено въ деньгахъ,—это видно изъ l. 12 pr. de relig. (11. 7), по которой преторъ имѣетъ право принудить сосѣдняго съ гробницей владѣльца земли къ уступкѣ въ пользу владѣльца гробницы необходимаго для него прохода:

Praetor etiam c o m p e l l e r e debet justo pretio iter ei praestari.

Другой примѣръ прямаго принужденія къ исполненію представляетъ принужденіе къ устройству обѣщаннаго учрежденія на пользу общую:

l. 13 de pollic. (50. 12). Jmperatores Antonius et Verus Augusti rescripserunt, opera e x t r u e r e d e b e r e eos qui pro honore polliciti sunt, n o n p e c u n i a s pro his inferre cogi.

l. 8 ibid.... cum et absens per amicum perficere id opus possit. Judices.... si opus perfici ab eo debere c o n s t i t u e r i n t, o b e d i r e eum reipublicae ob hanc causam j u b e b u n t.

То же самое имѣетъ мѣсто, когда общеполезное учрежденіе должно быть учреждено въ силу завѣщательнаго распоряженія, l. 11 § 25 de leg. (III. 32). Si quis opus facere jussus paratus sit pecuniam dare reipublicae ut ipsa faciat, cum testator per ipsum id fieri voluerit, non audietur, et ita D. Marcus rescripsit.

Изъ приведенныхъ положеній становится ясно, до какой степени ложно то мнѣніе, что въ римскомъ формулярномъ судопроизводствѣ приговоръ могъ быть постановленъ только на деньги; забывали то, что рядомъ съ судьею стоялъ преторъ.

Подобный же примѣръ встрѣчается въ правѣ позднѣйшаго времени.

l. 46 pr. de Cod. episc. (1. 3) (не глоссированная)... intra annum duntaxat id fieri c o g e r e, § 2 ibid praesidibus provinciarum n e c e s s i t a t e m i m p o n e n t i b u s heredibus.

До сихъ поръ приведенныя положенія источниковъ права даютъ каждому возможность отвѣтить на вопросъ, была-ли правительственная власть въ Римѣ поставлена въ такое положеніе, чтобы доставить своимъ приказаніямъ должное уваженіе? Большинство приведенныхъ примѣровъ указываетъ на такія дѣйствія, которыя *не имѣютъ никакой денежной стоимости* и относительно которыхъ слѣдовало-бы отказать во всякой защитѣ, если-бы справедливо было то положеніе, что въ римскомъ правѣ только такія дѣйствія могутъ быть предметомъ иска, которыя подлежатъ оцѣнкѣ на деньги.

Первая громадная ошибка, которую сдѣлали при разсмотрѣніи нашего вопроса, состоитъ въ томъ, что за римскимъ judex не видѣли римскаго praetor'а. Но наше современное право включило въ свой составъ тѣ полномочія, которыя распредѣляются между ними обоими въ источникахъ права.

Вторая громадная ошибка, которую здѣсь допустили, относится до значенія денежнаго приговора постанавливаемаго judex'омъ. Я касаюсь теперь третьей вышеуказанной функціи денегъ—*возмездной функціи* (die Satisfactionsfunction). Она состоитъ въ томъ, что судья приговариваетъ въ пользу истца денежную сумму на основаніи совершеннаго противъ него правонарушенія отвѣтчикомъ, но не какъ *вознагражденіе* въ смыслѣ экономическомъ (nicht als Aequivalent im ökonomischen Sinn)—verum pretium, rei aestimatio или quanti ea res est, id, quod interest въ смыслѣ хозяйствен-

номъ,—*но какъ удовлетворенiе его оскорбленнаго правосознанiя* или *какъ вознагражденiе за нарушенiе его неимущественныхъ интересовъ*.

Б) Примѣненiе денегъ съ цѣлью удовлетворенiя. — Признанiе и охраненiе неимущественныхъ интересовъ.—Содержанiе источниковъ.

§ 12.

Каждый юристъ знаетъ карательное значенiе денегъ въ случаѣ правонарушенiй, указанныхъ въ римскомъ правѣ, направленныхъ не на имущество, но на лицо. Для примѣра назову я—actio injuriarum aestimatoria и actio de sepulchro violato. Для насъ важно не одно только существованiе этихъ карательныхъ исковъ и примѣненiе денегъ съ карательной цѣлью, но важно данное римскимъ юристомъ объясненiе обоихъ этихъ исковъ съ точки зрѣнiя *интереса*, слѣдовательно, *признанiе идеальнаго назначенiя денегъ быть орудiемъ удовлетворенiя, возмездiя* (die Anerkennung des idealen Satisfactionszwecks des Geldes). Предоставленное въ наше распоряженiе карательными исками содержанiе имѣетъ для насъ то высокое значенiе, что наглядно представляетъ намъ объемъ охраняемаго правомъ интереса въ правѣ римскомъ.

Я дополню это содержанiе тѣмъ еще, что касается интереса, *независимо отъ условiя предшествовавшаго правонарушенiя*. То и другое должно послужить мнѣ для разрѣшенiя вопроса: какiе римское право знаетъ интересы, кромѣ денежныхъ, которые оно признаетъ и охраняетъ? Въ послѣдующемъ изложенiи я сдѣлаю обзоръ *неимущественныхъ интересовъ* въ римскомъ правѣ (nicht—ökonomischen Jnteressen des römischen Rechts), не различая при этомъ той *формы*, въ которой они *ограждаются* (посредствомъ карательныхъ исковъ или на возвратъ вещи направленные иски), ни *основанiй* (Veranlassung), по которымъ они признаются имѣющими значенiе въ правѣ, слѣдовательно, не только на случай *иска*. Если мнѣ удастся такимъ способомъ установить *предѣлы римскаго понятiя объ интересѣ*, то я примѣню его къ вопросу о томъ, какiе интересы могутъ быть предметомъ договорнаго соглашенiя.

Я раздѣляю всѣ интересы на двѣ группы: во-первыхъ, тѣ, при которыхъ имѣютъ въ виду цѣли, связанныя съ постороннимъ

лицомъ, и во-вторыхъ, другіе, направленные на достиженіе собственныхъ цѣлей лица.

A) Интересы, преслѣдующіе цѣли, связанныя съ постороннимъ лицомъ.

1. РОДСТВЕННАЯ ЛЮБОВЬ.

а) Отецъ имѣетъ право иска противъ развратителя своихъ дѣтей—actio de servo corrupto utilis.

l. 14 § 1 de servo corr. (11. 3).... utilis competit officio judicis a e s t i m a n d a, quoniam i n t e r e s t n o s t r a animum liberorum nostrorum non corrumpi.

Въ началѣ приведеннаго положенія указывается на противоположность этого интереса съ денежнымъ интересомъ, который связанъ съ тѣмъ обстоятельствомъ, когда сманятъ раба (servi, qui patrimonio nostro esset—pauperiorem se factum esse dominus probare potest). Здѣсь, слѣдовательно, признается, что съ дѣтьми не связано никакого интереса денежнаго, тѣмъ не менѣе судья долженъ постановить рѣшеніе на деньги.

б) Искъ о безчестіи—actio injuriarum—на основаніи личной обиды, нанесенной дѣтямъ или женѣ.

Paul. S. R. V. 4 § 3..... n o s t r a i n t e r e s t vindicare. Gaj. III § 221. l. 1 § 3 de injur. (47. 10).... Spectat enim ad nos injuria § 5 ibid. nostrum pudorem pertingit. l. 18 § 5 ibid. per filium, per uxorem facere injuriam.

в) Обратный (регрессный) искъ отца къ продавцу, если купленный имъ и данный въ приданое дочери участокъ земли будетъ у нея отсужденъ, l. 71 de evict. (21. 2). *Немедленно* допущеніе иска (въ противоположность возникновенію его при послѣдующемъ переходѣ приданаго) опирается на то рѣшающее положеніе, которое исходитъ изъ представленія объ интересѣ отца въ благосостояніи дочери:

..... interest enim patris filiam dototam habere..... An.... statim convenire promissorem possit? quod magis p a t e r n a a f f e c t i o inducit.

г) Искъ малолѣтняго къ опекуну—actio tutelae,—который не позаботился о доставленіи содержанія ближайшимъ, находящимся въ крайности, родственникамъ малолѣтняго:

l. 1 § 2 de tut. rat. (27. 3)..... putat posse cum tutore agi tutelae, si tale officium praetermiserit.

д) Искъ ближайшей родственницы мололѣтняго къ заподозрѣнному въ злоупотребленіи опекуну—postulatio suspecti tutoris:

l. 1 § 7, de susp. tut. (26. 10). Quinimmo et mulieres admittuntur, sed hae solae, quae p i e t a t e n e c e s s i t u d i n i s ductae ad hoc procedunt utputa mater, nutrix quoque. Potest et soror.... et si qua alia mulier fuerit, cujus praetor perpensam pietatem intellexerit, non sexus verecundiam egredientis, sed pietate productam non continere injuriam pupillorum, admittet eam; съ этимъ слѣдуетъ сравнить l. 5 § 1 qui ex caus. (42. 4).

е) Искъ, основанный на томъ обстоятельствѣ, когда что-либо вылито и выброшено—actio de effusis et dejectis, если выброшенное причинило смерть родственника. Такой искъ направленъ на опредѣленный въ эдиктѣ размѣръ штрафа. Хотя названный искъ въ случаѣ причиненной смерти человѣка имѣлъ значеніе популярнаго иска, но тѣмъ не менѣе относительно него въ l. 5. § 5 de his qui effud. (9. 3) признается особый интересъ ближайшихъ родственниковъ на предъявленіе такого иска: dummodo sciamus hanc actionem ei potissimum dari debere, c u j u s i n t e r e s t vel qui affinitate cognationeve defunctum contingit.

2. ПОЧТЕНІЕ ПРЕДЪ НАСЛѢДОДАТЕЛЕМЪ СО СТОРОНЫ НАСЛѢДНИКА.

а) Удержаніе тѣхъ ограниченій, которыя постановилъ наслѣдодатель въ интересѣ легкомысленныхъ родственниковъ относительно сдѣланныхъ ими отказовъ:

l. 71 pr. de cond. (35. 1).... sed si filio fratri alumno minus industrio prospectum voluit, i n t e r e s s e h e r e d i s credendum est atque ideo cautionem interponendam, ut et fundus compareturac postea non alienetur.

l. 19 de leg. (III. 32). Si tibi legatum est..... uti quid facias, etiam s i n o n i n t e r e s t h e r e d i s id fieri, negandam tibi actionem, si non caveas heredi futuro, quod defunctus voluit.

б) Соблюденіе приказанія завѣщателя о продажѣ рабовъ:

l. 18 § 2. fam. erc. (10. 2).... officio familiae erciscundae secundae judicis contineri, ut voluntas testatoris non intercidat.

в) Искъ о сооруженіи желаемаго завѣщателемъ памятника къ лицу, на которое возложена забота объ этомъ или къ сонаслѣднику.

l. 12 § 17. Mand. (17. 1).... heres ejus poterit mandati agere.

l. 7 de ann. leg. (33. 1).... coheres tuus agere potest tecum familiae erciscundae, ut facias, quoniam interest illius, quinetiam si utrique jussi estis hoc facere, invicem actionem habetis.

г) Искъ наслѣдника о безчестіи—actio injuriarum, — когда оскорблена память или поруганъ трупъ наслѣдователя.

l. 1 § 4, 6 de injur. (47. 10).

Гдѣ, разумѣется, въ помощь служитъ точка зрѣнія: injuriam heredi quodammodo factam; semper enim injuriam heredis interest defuncti existimationem purgare. Та-же точка зрѣнія примѣняется и въ искѣ о безчестіи на основаніи оскорбленія жены, дѣтей (см. выше 1, *б* стр. 53).

3. СОБОЛѢЗНОВАНІЕ И ДОБРОЖЕЛАТЕЛЬСТВО ОТНОСИТЕЛЬНО СОВЕРШЕННО ПОСТОРОННИХЪ ЛИЦЪ.

а) Продавецъ раба имѣетъ исковое требованіе къ покупщику на основаніи возложенной на него обязанности освободить раба:

l. 54 pr. Mand (17. 1).... affectus ratione mandati agetur.... Plaqcuit enim prudentioribus affectus rationem in bonae fidei judiciis habendam.

б) Хозяинъ проданной рабы имѣетъ исковое требованіе на основаніи нарушеннаго запрещенія о томъ, чтобы она не была проституирована:

l. 6 pr. de serv. exp. (18. 7).... cum et ancillam contumelia affecerit et venditoris forte affectionem simul et verecundiam laeserit...... remota quoque stipulatione placuit ex vendito esse actionem, или на основаніи несоблюденія иного предписанія, относящагося до хорошаго обращенія съ рабомъ:

l. 7 ibid. Quod si: ne poenae causa exportaretur, convenit, etiam affectus ratione recte agetur...... cum beneficio affici hominem intersit hominis.

в) Interdictum de homine libero exhibendo:

l. 3 § 9, de hom. lib. (43. 29). Hoc interductum omnibus competit, nemo enim prohibendus est libertati favere.

г) Довѣренность въ пользу третьяго лица. При исполненіи довѣренности, данной на веденіе дѣлъ третьяго лица, довѣритель можетъ имѣть здѣсь такого рода участіе, что, въ случаѣ неисполненія, онъ самъ отвѣчаетъ (mandatum mea et aliena gratia, l. 2. § 3 Mand. (17. 1), въ этомъ случаѣ имѣетъ мѣсто личное участіе довѣрителя—участіе имущественное. Объ этомъ говоритъ l. 8 §. 4. Mand. (17. 1).

Но довѣренность можетъ быть дана исключительно въ интересѣ третьяго лица (mandatum aliena gratia, l. 2 §. 2 ibid.) безъ всякой потери для довѣрителя въ случаѣ ея неисполненія.

Подлежитъ-ли такая довѣренность охранѣ въ исковомъ порядкѣ? На основаніи господствующаго ученія объ имущественной стоимости обѣщаннаго дѣйствія долженъ быть данъ здѣсь отрицательный отвѣтъ, что, кажется, дѣйствительно и находится у Ульпіана въ l. 8 §. 6 ibid. Но сравнивая только-что приведенныя положенія съ заимствованными изъ того же сочиненія и той же книги правилами, содержащимися въ l. 6 § 4 и l. 8 § 4 ibid., мы придемъ къ противоположнымъ выводамъ. Въ первомъ положеніи Ульпіанъ говоритъ только о довѣренности по своимъ собственнымъ дѣламъ (ср. ниже подъ рубрикой Б. 1. 5), въ двухъ остальныхъ—о довѣренности въ пользу третьяго лица. Относительно послѣдняго рода довѣренности говоритъ онъ въ l. 6 § 4:

Si tibi mandavero, quod mea non [1]) intererat, veluti ut pro Sejo intervenias vel ut Titio credas, erit mihi tecum mandati actio ut Celsus libro 7 Digestorum scribit, et ego tibi sum obligatus.

Въ l. 8 § 4 Ульпіанъ разбираетъ такое отношеніе, когда опекунъ даетъ другому довѣренность на покупку раба для малолѣтняго, и онъ различаетъ здѣсь два случая: была-ли покупка раба необходима, или безполезна. Въ первомъ случаѣ довѣритель подле-

---

[1]) «Non» стоитъ во всѣхъ рукописяхъ; такого чтенія держатся и схоліасты къ Базиликамъ (XIV 1, 6, § 4). Въ кодексѣ паризанусъ и патавинусъ сначала это было отброшено, впослѣдствіи снова вставлено, см. Ѳ. Моммзенъ въ изданныхъ имъ пандектахъ. Правильность такого чтенія не подлежитъ сомнѣнію на основаніи содержанія положенія и на основаніи l. 8 § 4.

житъ отвѣтственности самъ, если довѣренность не исполнена, поэтому онъ имѣетъ исковое требованіе на основаніи собственнаго интереса. Во второмъ случаѣ довѣритель не отвѣчаетъ, тѣмъ не менѣе за нимъ признается право на искъ. Почему? «Quia mandato non est obtemperatum» отвѣчаетъ юристъ. Это напоминаетъ вышеприведенное положеніе (ср. стр. 49): «neque enim debet circumveniri testantium voluntas». Что здѣсь должно служить мѣриломъ «имущественнаго интереса» истца? Здѣсь нѣтъ никакого имущественнаго интереса, ибо опекунъ далъ довѣренность исключительно въ интересахъ малолѣтняго, и ни онъ, ни малолѣтній не несутъ никакого имущественнаго ущерба отъ неисполненія довѣренности. Если здѣсь тѣмъ не менѣе судья долженъ постановить рѣшеніе на деньги противъ повѣреннаго, какое это можетъ имѣть еще значеніе, какъ не то, чтобы подвергнуть послѣдняго карѣ за неисполненіе принятаго обязательства: «quia mandatum non est obtemperatum», и что иное здѣсь будетъ признано, какъ не то, что *доброжелательство въ пользу третьяго лица* служитъ достаточнымъ основаніемъ для выдачи довѣренности?

4. ЧУВСТВО ОБЩЕСТВЕННОСТИ (GEMEINSINN).

Къ этой точкѣ зрѣнія сводятся извѣстныя actiones populares у римлянъ. Они даютъ возможность частному лицу выступить на защиту общественнаго интереса; здѣсь не ставятъ вопроса— имѣетъ-ли оно свой личный интересъ, предъявляя эти иски. Личный интересъ *можетъ* быть, но онъ не требуется непремѣнно (l. 3 § 1, l. 6 de pop. act. 47. 23); совершенно достаточно одного чувства общественности, можно предъявить искъ исключительно въ интересѣ общественномъ (jus populi tueri, l. 1, ibid.). Существованіе подобныхъ исковъ служитъ наиболѣе явнымъ опроверженіемъ того ложнаго ученія, что въ римскомъ правѣ каждый въ правѣ былъ дѣйствовать только въ пользу своего личнаго интереса. Эти иски не ограничивались тѣмъ кругомъ дѣйствія, который обыкновенно себѣ представляютъ, когда говорятъ о популярныхъ искахъ. Они не служатъ только для предметовъ, предназначенныхъ для общаго пользованія (res publicae), здѣсь въ крайнемъ случаѣ все еще могла быть примѣнена точка зрѣнія личнаго, хотя очень отдѣленнаго имущественнаго интереса истца, но они допускались еще въ другомъ

направленіи, гдѣ такая точка зрѣнія вовсе не могла имѣть мѣста, а именно, для защиты лицъ, требующихъ помощи, ставшихъ такимъ образомъ до нѣкоторой степени подъ охрану общества. Къ такимъ лицамъ, пользующимся охраной со стороны общества, принадлежатъ:

а) *Малолѣтные.* Защита отъ неспособнаго или недобросовѣстнаго опекуна помощью postulatio suspecti tutoris.

б) *Несовершеннолѣтные.* Защита отъ обмановъ путемъ actio popularis на основаніи lex Plaetoria (ср. Духъ римскаго права III. 1. стр. 119).

LEX PLAETORIA ОБЪ ЗАЩИТѢ НЕСОВЕРШЕННОЛѢТНИХЪ.

Мы не думаемъ точно установить матеріальное содержаніе закона, мы преимущественно желаемъ указать на ту *форму*, въ которой онъ стремится достигнуть свою цѣль. Здѣсь эта форма не столь ясно обозначена, какъ въ другихъ, извѣстныхъ въ римскомъ правѣ законахъ, напр., относительно 1) lex Furia testamentaria, 2) lex Furia de sponsu, 3) закона о запрещенныхъ азартныхъ играхъ и 4) lex Marcia de usuris. Можетъ быть, что причина этого заключается въ томъ, что преторъ вводитъ новую форму—restitutio in integrum, думая такимъ образомъ прямо достигнуть цѣли разсматриваемаго закона. Тѣмъ не менѣе эта форма можетъ быть возстановлена до нѣкоторой степени вѣроятности на основаніи сопоставленія различныхъ отдѣльныхъ ея признаковъ.

Кто обманетъ несовершеннолѣтнаго при заключеніи съ нимъ договора, тотъ сверхъ наказанія безчестія подвергается еще имущественному взысканію, которое отыскивается по суду на основаніи настоящаго закона (judicium legis Plaetoriae), и врядъ ли это имущественное взысканіе ограничено просто возвратомъ полученной суммы. Право на искъ прежде всего предоставляется самому несовершеннолѣтнему, который можетъ его предъявить въ теченіе года по достиженіи совершеннолѣтія,—затѣмъ каждому желающему. Но мы не знаемъ, можетъ-ли въ послѣднемъ случаѣ искъ быть предъявленъ только

по просрочкѣ иска несовершеннолѣтнимъ, или когда онъ откажется отъ предъявленія иска. Нигдѣ больше настоящаго случая не было умѣстно усиленіе иска возведеніемъ его на степень популярнаго иска. Здѣсь судебная защита несовершеннолѣтнаго отъ злоупотребленій контрагентовъ поставлена въ такое уже положеніе, которымъ всегда пользовались малолѣтные чрезъ postulatio suspecti tutoris относительно злоупотребленій опекуна. *Малолѣтные и несовершеннолѣтные были постановлены подъ общественную защиту.* (Geist des röm Rechts, 3—ter Theil, стр. 119).

в) *Военноплѣнные или отсутствующіе по дѣламъ государственнымъ.* Защита ихъ вещей отъ расхищенія по lex Hostilia (pr. I. de iis, per quos..... 4. 10).

г) *Свободные.* Защита чрезъ interdictum de homine libro exhibendo, въ древнѣйшее время чрезъ vindex libertatis (это «pro libertate agere» въ указанномъ выше положеніи).

Къ исчисленнымъ случаямъ изъ древнѣйшаго права Юстиніанъ прибавилъ еще одинъ новый, высшей степени любопытный. Онъ ввелъ actio popularis для требованія объ учрежденіи предписаннаго завѣщателемъ въ завѣщаніи общеполезнаго или благотворительнаго заведенія. Когда ближайшимъ образомъ призванныя для исполненія этого дѣла лица относятся къ нему вяло, въ такомъ случаѣ каждый, кто желаетъ, можетъ предъявить искъ объ исполненіи завѣщательнаго распоряженія къ наслѣднику.

l. 46 § 6 Cod. de episc. (1. 3).... cum sit enim c o m m u n i s p i e t a t i s ratio, communes et populares decet etiam affectiones constitui harum rerum executionis.

Итакъ, слѣдовательно, одно доброжелательство, состраданіе къ нуждающимся въ такомъ учрежденіи безпомощнымъ лицамъ—исключительный мотивъ человѣколюбія, communis pietatis ratio, становится достаточнымъ основаніемъ для предъявленія иска.

На основаніи всего вышеизложеннаго я не думаю сказать свыше доказаннаго, придя къ такому заключенію: нужно полное незнаніе римскаго права для того, чтобы навязать ему правило, по которому каждый могъ дѣйствовать только для себя. Такимъ образомъ обобщаютъ правило, выставленное римскими юристами только относительно *стипуляціи;*

L. 38 § 17 de V. O. (45. 1)..., inventae sunt enim h u j u s m o d i obligationes ad hoc, ut unusquisque s i b i acquirat, quod s u a interest, что, однако, римское право никогда и не думало выставлять въ такомъ обобщеніи.

Б) Интересы, направленныя на достиженіе собственныхъ цѣлей лица.

Здѣсь мы опять можемъ различать два класса интересовъ: одни, цѣль которыхъ—*внѣшняя, матеріальная,* другіе, цѣль которыхъ—*внутренняя, идеальная.* Для перваго класса интересовъ, по исключеніи интереса имущественнаго, остаются еще удобства, развлеченія, увеселенія, словомъ, пользованіе внѣшними благами жизни.

1. ИНТЕРЕСЫ МАТЕРІАЛЬНЫЯ.

Защита этого рода интересовъ признается въ примѣненіи къ слѣдующимъ отношеніямъ:

1) l. 16 § 1, quod vi (43. 24).

Если кто-либо срубитъ деревья на чужой землѣ, то собственникъ во всякомъ случаѣ имѣетъ искъ о вознагражденіи убытковъ, а за узуфруктуаромъ, какъ кажется, въ такомъ только случаѣ признавалось право на искъ, когда онъ вслѣдствіе этого понесъ *убытки* (Schaden), т. е., если срубленныя деревья были плодоносныя, отъ чего уменьшился доходъ съ земли. Однако юристъ признаетъ за нимъ и въ такомъ случаѣ право на искъ, если деревья не принадлежатъ къ разряду плодоносныхъ, поэтому отъ порубки деревьевъ уменьшилось только удовольствіе въ пребываніи на участкѣ земли.

Sed si a m a e n i t a s quaedam ex hujusmodi arboribus praestetur, potest dici et f r u c t u a r i i i n t e r e s s e p r o p t e r v o l u p t a t e m e t g e s t a t i o n e m et esse huic interdicto locum.

2) Наоборотъ, узуфруктуаръ хотя и имѣетъ право собирать доходъ съ земли, но онъ долженъ воздерживаться отъ порубки этихъ

деревьевъ и вообще отъ всѣхъ такихъ перемѣнъ, которыя увеличатъ доходъ на счетъ пріятнаго. Пріятное имѣетъ также свою цѣну если не для него, то для собственника оно,—также пользуется защитой въ правѣ.

l. 13 § 4 de usufr. (7. 1).... et si forte voluptatrium fuit praedium, viridaria vel gestationes vel deambulationes arboribus infructuosis opacas atque amoenas habens, non debebit dejicere, ut forte hortos olitorios faciat vel aliud quid, quod ad reditum sqectat.

3) l. 25 § 2 Loc. (19. 2).

Если наниматель лишается свѣта и вида изъ оконъ отъ возведеннаго на сосѣднемъ участкѣ земли строенія, то онъ имѣетъ вслѣдствіе этого actio conducti, или онъ можетъ понизить наемную плату. Тоже примѣняется въ случаѣ, когда хозяинъ не исправилъ негодныхъ къ употребленію оконъ и дверей (такъ l. 15 § 1 ibid.), но наниматель обязанъ, конечно, терпѣть небольшія неудобства, вызванныя необходимостью передѣлки (l. 27 pr. ibid.).

4) Дозволеніе имущественныхъ сервитутовъ, направленныхъ на доставленіе одного только пріятнаго.

Въ то время, какъ вещные сервитуты древнѣйшаго римскаго права, напр. предназначенные служить на пользу сельскаго хозяйства, сельскіе сервитуты,—разсчитаны были исключительно на соображеніяхъ пользы,—наоборотъ, сервитуты городскіе, вызванные интересами городской жизни и долженствующіе ихъ обезпечивать, развивались вмѣстѣ съ развитіемъ городской жизни и служатъ не только для доставленія полезнаго, но также и пріятнаго. Понятіе полезнаго «utilitas» «servitus fundo utilis esse debet» расширяется здѣсь на удобства, на пріятное въ жизни, такъ что можетъ быть установлено право на красивый видъ. Сдѣланный шагъ въ развитіи сервитутовъ отразился на самыхъ сельскихъ сервитутахъ, такъ напр., право на водопроводъ можетъ быть установлено изъ соображеній одного только удовольствія.

l. 3 pr. de aqua (43. 20).

Hoc jure utimur, ut etiam non ad irrigendum, sed pecoris causa vel amoenitatis aqua duci possit.

5) Искъ на основаніи довѣренности, actio mandati, изъ-за неимущественныхъ интересовъ.

Допущеніе такого иска не подлежитъ, по моему мнѣнію, никакому сомнѣнію на основаніи вышеприведенно l. 6 § 4 и l. 8 § 4

Mand. (17. 1). Если не требуется денежнаго интереса ни въ лицѣ третьяго, въ пользу котораго совершена довѣренность, то тѣмъ менѣе такой интересъ долженъ имѣть значеніе, когда довѣренность дается довѣрителемъ въ свою личную пользу. Выраженіе «q u a t e n u s i n t e r e s t», помѣщенное въ l. 8 § 6 ibid., должно относиться къ *неимущественнымъ интересамъ*, какъ это часто повторяется въ столькихъ уже приведенныхъ нами положеніяхъ и въ тѣхъ, которыя будутъ приведены въ дальнѣйшемъ. Въ источникахъ приводится примѣръ подобнаго интереса въ томъ случаѣ, о которомъ здѣсь упоминаетъ Ульпіанъ (mandavi tibi, ut f u n d u m emeres; si intererat mea emi teneberis).

l. 54 de leg (11. 31).

Saepe enim confines fundos etiam s u p r a justam aestimationem i n t e r e s t n o s t r a acquirere. И также:

l. 1 § 15 Si quid in fr. patr. (38. 5).... hoc i n t e r e s s e...... quod venierit possessio, in quam habet patronus a f f e c t i o n e m vel opportunitatis vel vicinitatis vel coeli vel quod illic educatus sit vel parentes sepulti.

Если разсматриваемый въ послѣднемъ изъ приведенныхъ положеній искъ устраняется, то это происходитъ вслѣдствіе того, что онъ исключительно направленъ на денежную стоимость («pars debita bonorum»)—fraus enim (a liberto) in damno accipitur p e c u n i a r i o, но такое осображеніе не примѣняется ни къ иску на основаніи довѣренности, ни къ тѣмъ искомъ, которые нами здѣсь приведены. Относительно этихъ послѣднихъ «quod interest» не ограничивается требованіемъ, состоящимъ въ денежной стоимости.

6) Миръ и покой.

Преторскій эдиктъ допускаетъ искъ о вознагражденіи,—actio in factum,—въ случаѣ ошибочнаго предъявленія иска къ другому отвѣтчику—alienatio judicii mutandi causa; l. 1 pr. de alien. (4. 7).... tanti nobis in factum actione tenetur, quanti n o s t r a i n t e r s i t alium adversarium nos non habuisse.

Что́ должно принимать здѣсь, какъ интересъ? На это даетъ отвѣтъ l. 3 § 4 ibid.:

.... forte si quos impensas fecerit aut si quam aliam i n c o m m o d i t a t e m passus erit alio adversario substituto.

Подобное постановленіе содержитъ l. 8 § 2. Rat. rem (46. 8). Повѣренный предъявилъ виндикаціонный искъ на свободное лицо,

какъ на раба, своего довѣрителя, и ему въ искѣ отказано. Довѣритель возобновляетъ исковое требованіе также безуспѣшно. Отвѣтчикъ въ такомъ случаѣ въ правѣ привлечь повѣреннаго къ отвѣтственности для вознагражденія своего интереса на основаніи договора объ утвержденіи довѣрителемъ дѣйствій повѣреннаго—stipulatio ratam rem dominum habiturum. Въ чемъ состоитъ такой интересъ? На это отвѣтъ содержится въ положеніи:

Quanti ea res est, ei praestetur.... id est quanti interfuerit ejus de statu suo rursus non periclitari et propter impendia, quae in litem fecerit.

Въ этомъ, какъ и въ предшествующемъ случаѣ, принимается двоякій интересъ: денежный и не денежный. На основаніи нарушенія послѣдняго, т. е., за непріятность вести второй процессъ, за нарушеніе мира и покоя, за причиненное душевное волненіе признается за истцомъ право требовать вознагражденія, и, должно замѣтить, не въ смыслѣ корысти, но какъ удовлетвореніе («quanti ea res est, i. e. quanti interfuerit ejus»). Вслѣдствіе трудности подобнаго опредѣленія интереса, Лабео, какъ передаютъ источники римскаго права, совѣтовалъ заключать здѣсь stipulatio на опредѣленную сумму: «quia aestimatio libertatis ad infinitum extenderetur», и не оставлять ее неопредѣленной, какъ въ формулѣ «quanti ea res est». Но это не было однако необходимо; судья долженъ былъ самъ опредѣлить сумму, если она не была указана.

Продавецъ при продажѣ раба ставитъ условіе покупщику, что купленный рабъ никогда не долженъ поступить во владѣніе родственниковъ продавца. Я думаю, что поводомъ къ этому было желаніе устранить сплетни. Имѣетъ-ли договоръ исковое значеніе? Согласно l. 135 § de V. O. (45. 1)—да, имѣетъ, хотя здѣсь нѣтъ на лицо непосредственнаго денежнаго интереса. Тѣмъ не менѣе однако о продавцѣ говорится, что онъ можетъ предъявить искъ in id, quod ejus interest.

7) Тѣлесныя поврежденія, боль.

Хотя римскіе юристы неоднократно признавали, что человѣческое тѣло и жизнь не поддаются оцѣнкѣ на деньги, такъ въ

l. 1 § 5, l. 7 de his, qui eff. (9. 3).

l. 3 si quadrupes (9. 1).

l. 2 § 2 ad leg. Rhod. (14. 2) и въ различныхъ искахъ на основаніи тѣлесныхъ поврежденій. Приведенныя положенія прямо

отрицают всякое вознагражденіе за обезображеніе красоты, т. е., за художественное послѣдствіе тѣлеснаго поврежденія, тѣмъ не менѣе нельзя отрицать, что потерпѣвшій имѣетъ уже на основаніи римскаго права (а не только въ силу современной судебной практики) исковое требованіе о вознагражденіи за дѣйствительное поврежденіе и причиненную ему боль. Въ древнѣйшемъ правѣ при искѣ по закону о поврежденныхъ членахъ—legis actio membri rupti—вмѣсто установленнаго закономъ XII таблицъ опредѣленнаго по закону размѣра вознагражденія, на случай, если не состоится объ этомъ соглашенія между сторонами, уже вводится опредѣленіе размѣра вознагражденія судебнымъ порядкомъ. Къ этому примкнулъ преторскій эдиктъ съ actio de effusis et dejectis, который, въ случаѣ «si nocitum esse dicetur», идетъ на «quantum ob eam rem aequum judici videbitur»—l. 1 pr. de his, qui effud. (9. 3). Ульпіанъ въ l. 1 § 6 ibid. прямо говоритъ, что вышеприведенныя слова: quantum aequum videbitur—не относятся къ d a m n a, quae in r e m hominis liberi facta sunt, si forte vestimenta ejus vel quid aliud scissum corruptumve est (это относилось къ damnum injuria datum на основаніи lex Aquilia), sed ea, quae in corpus ejus admittuntur»,—куда относятся не только издержки на лѣченіе и убытки отъ пропущенныхъ выгодъ (Versäumnissshaden) на основаніи l. 3 si quadrupes (9. 3), ибо l. 5 § 5 прямо говоритъ, что въ *настоящемъ* искѣ нисколько не касаются дененежнаго убытка: non sit damnum pecuniarium.

Въ случаѣ тѣлеснаго поврежденія, причиненнаго дикими животными, эдильскій эдиктъ, переданный въ l. 40—42 de aed. (21 1) ed. даетъ потерпѣвшему право на искъ, цѣна котораго опредѣляется судьей: «quanti bonum aequum judici videbitur», т. е., удовлетвореніе разсчитывается по соразмѣрности съ отличительными свойствами отдѣльнаго отношенія, при чемъ въ особенности принимается во вниманіе тѣлесное поврежденіе. На основаніи l. 27 § 5 de adult. (48. 5) признается за свободнымъ человѣкомъ, который, бывъ принятъ за раба, подвергся по чьему-либо требованію истязанію пытки, право на такой искъ, который имѣлъ-бы его господинъ, если-бы онъ дѣйствительно былъ рабомъ, для требованія уплаты двойной стоимости. Здѣсь допускается actio utilis, въ дѣйствительности же—это есть вознагражденіе за перенесенныя мученія.

2. ДУХОВНЫЕ ИНТЕРЕСЫ.

1) Религіозное чувство.

Оскорбленіе религіознаго чувства совершается чрезъ разореніе или оскверненіе могильнаго склепа; право даетъ противъ этого защиту посредствомъ actio sepulchri violati. Если въ этомъ случаѣ римскій судья долженъ-бы былъ только опредѣлить денежную стоимость, то онъ былъ-бы поставленъ въ очень затруднительное положеніе относительно примѣненія даннаго въ l. 3 § 8 de sep. viol. (47. 12) постановленія. Здѣсь сказано:

Qui de sepulchri violati actione judicant, quatenus interst, scilicet et injuria, quae facta est, item ex lucro ejus qui violavit, vel ex damno, quod contigit, vel ex temeritate ejus, qui fecit.

Здѣсь духовный интересъ при перенесенномъ оскорбленіи прямо отличается отъ интереса имущественнаго.

Другой сюда относящійся примѣръ даетъ l. 11 de relig. (11. 7). Продавецъ могильнаго склепа сохраняетъ за собой право на то, что бы покупщикъ не погребалъ-бы тамъ извѣстные трупы,—такое соглашеніе лишено всякаго интереса, тѣмъ не менѣе договоръ дѣйствителенъ.

2) Честолюбіе.

Кто-либо опровернетъ поставленный въ честь другаго лица въ общественномъ мѣстѣ памятникъ: здѣсь послѣдній имѣетъ, на основаніи l. 11 § 1, quod vi (43. 24), владѣльческую охрану противъ нарушенія насильственнаго или тайнаго,—interdictum quod vi aut clam, хотя памятникъ не принадлежитъ ему на правѣ собственности, и нѣтъ иного въ лицѣ его оскорбленнаго интереса, кромѣ честолюбія..... eum, cujus statua in loco publico in municipio posita sit, quod vi aut clam agere posse, quia interfuerit ejus non tolli.

3) Чувство домовитости (Familiensinn).

Вполнѣ достаточнымъ основаніемъ l. 35 de minor. (4. 4) признаетъ для требованія несовершеннолѣтняго о возстановленіи въ прежнее положеніе:

si ejus i n t e r e s s e emtam ab eo rem fuisse probetur, veluti quod majorum ejus fuisse.

Такой же интересъ признанъ въ l. 36 de bon. lib. (38. 2) для патрона при предъявленіи имъ правъ на наслѣдство по преторскому праву,—bonorum possessio contra tabulas,—послѣ несостоятельнаго вольноотпущенника: multi enim casus intervenire possunt, quibus e x p e d i a t patrono petere bonorum possessionem, quamvis aeris alieni magnitudo, quam libertus reliquerit, facultates patrimonii ejus excedat, veluti si praedia sunt aliqua ex bonis liberti, in quibus m a j o r u m p a t r o n i s e p u l c h r a sint et magni aestimat patronus bonorum possessione jura pro parte ad se pertinere vel aliquid mancipium, quod non pretio, sed a f f e c t u sit aestimandum.... a n i m o potius quam aliorum computatione bona liberti aestimat.

Затѣмъ правила для дѣятельности опекуна:

l. 22 Cod. de adm. tut. (5. 37)..... nec vero domum vendere liceat, in qua defecit pater, minor crevit, in qua majorum imagines aut non videre fixas aut revulsas satis est lugubre.

4) Отношенія патроната.

Если кто-либо купитъ и затѣмъ отпуститъ на волю раба, который имѣлъ-бы право требовать, на основаніи завѣщательнаго распоряженія, отпущенія на волю со стороны наслѣдника, то рабъ въ правѣ обратиться къ признанію послѣдняго своимъ патрономъ. Поступи онъ такимъ образомъ, и покупщикъ потеряетъ свое право на патронатъ. Спрашивается, имѣетъ-ли онъ по этому основанію право на искъ? Ульпіанъ рѣшаетъ этотъ вопросъ отрицательно, какъ передаетъ это Павелъ въ l. 43 de act. empti (19. 1), но онъ самъ, согласно съ Юліаномъ (l. 45 § 2 ib.) рѣшаетъ его утвердительно и вполнѣ справедливо. Дѣйствительно право на патронатъ касается не денежнаго интереса, если при отпущеніи на волю не были возложены на раба особыя повинности—operarum promissio (поэтому такъ рѣшаетъ l. 5 § 5 de praesc. verb. 19. 5: an deducendum erit, quod libertum habeo? Sed hoc non potest aestimari),—ибо ожиданіе принадлежащаго патрону наслѣдства было совершенно необезпечено, потому что оно основывалось на томъ, что вольноотпущенный оставитъ послѣ себя имущество и не оставитъ вовсе дѣтей. Но съ другой стороны право патронатства имѣло извѣстную

идеальную стоимость: оно порождало признанное и охраненное правомъ отношеніе подчиненности, благодарности, почтенія, поэтому потеря права патронатства въ вышеуказанномъ случаѣ должна быть въ смыслѣ права признана за утрату (l. 25 de fideic. lib. 40. 5.... ne emptor pretium et libertum perdat). Назначеніе денежной суммы опять-таки было дѣломъ судьи; мало-ли, много-ли онъ присудитъ, но во всякомъ случаѣ на этомъ приговорѣ утверждалось сознаніе, что право, которымъ дорожили въ отношеніяхъ римской жизни, не могло быть отнято безъ вознагражденія.

B) Заключеніе.

§ 13.

Въ предшествующемъ изложеніи я вполнѣ передалъ тѣ указанія источниковъ права, которыя я долгіе годы собиралъ и которыя, по всей вѣроятности, могутъ быть еще дополнены. Я привожу эти положенія въ подлинникѣ, дабы не ослабить впечатлѣніе, ими вызываемое, и имѣть возможность ссылаться на рѣшающія выраженія въ источникахъ. Я не опасаюсь встрѣтить противорѣчіе, если я, на основаніи собраннаго матеріала, выставлю слѣдующія положенія:

1) Ложно то заключеніе, которое дѣлаютъ изъ того, что въ римскомъ процессѣ примѣняется рѣшеніе на деньги, будто судья могъ цѣнить только такіе интересы и блага, которые имѣютъ имущественную стоимость. Рѣшеніе на деньги въ рукахъ судьи скорѣе обнимаетъ всѣ интересы, которые признаются въ правѣ требующими защиты и способными къ огражденію. На основаніи вышеизложеннаго, къ предмету оцѣнки судьи «vera rei aestimatio» присоединилось еще слѣдующее: «affectus, affectiones, verecundia, pietas, voluptas, amoenitas, incommoditas» и многое другое.

Истецъ долженъ получить удовлетвореніе не только за свои денежныя потери, но также за перенесенное ухудшеніе въ своемъ здоровьи или претерпѣтыя тревоги, за причиненныя непріятности, душевное волненіе, страданія и т. п. Слѣдующее здѣсь вознагражденіе опредѣляется не впередъ указанной въ законѣ денежной суммой, но судья долженъ, соображаясь *съ индивидуальными* отноше-

ніями, по свободному своему усмотрѣнію опредѣлить размѣръ удовлетворенія (quanti interest ex injuria, стр. 65). Словомъ, въ римскомъ процессѣ деньги имѣютъ на ряду съ ихъ назначеніемъ быть *выразителемъ стоимости* (Aequivalent function) и ихъ *карательной функціей* (Straffunction) еще—функцію возмездную (Satisfactionsfunction).

2) Выраженіе: id quod interest, quanti ejus interest и т. под. служитъ для означенія, по словоупотребленію источниковъ, не только денежнаго интереса, но всякаго охраненнаго въ правѣ интереса. Interest nostra animum liberorum nostrorum non corrumpi (стр. 53); interest patris filiam dotatam habere (стр. 53); interesse heredis credendum est, si testator filio prospectum voluit (стр. 54); si monumentum fieri voluit (стр. 55); defuncti existimationem purgari (стр. 55); interest hominis hominum beneficio affici (стр. 64); interest ex injuria, quae sepulchro violato facta est (стр. 55); interest statuam ejus non tolli (стр. 65) и многія другія.

Кто станетъ въ виду всѣхъ этихъ свидѣтельствъ держаться долѣе того воззрѣнія, что «interest» въ нашихъ источникахъ долженъ быть отнесенъ только къ интересу денежному, что тотъ, кто хочетъ предъявить искъ, долженъ сначала доказать, что неисполненіе требованія причинило ему денежный ущербъ? «Placuit prudentioribus a f f e c t u s rationem in bonae fidei judiciis habendam», говоритъ Папиніанъ въ вышеприведенномъ (на стр. 55) l. 54 pr. Mand. (17. 1), т. е. римское правовѣдѣніе пришло къ тому воззрѣнію, что значеніе жизни заключается не въ однихъ только деньгахъ, но кромѣ денегъ есть еще другія блага, которыя имѣютъ цѣну для образованнаго человѣка, охрану которыхъ онъ хотѣлъ-бы видѣть въ правѣ. Тотъ же юристъ противополагаетъ денежному интересу—s i p e c u n i a r a t i o n e interest тотъ случай, когда нѣтъ интереса денежнаго—«affectus ratio» (l. 6 § 1. de serv. exp. 18. 7). «Prudentioribus placuit» говоритъ Папиніанъ, т. е. для *понимающихъ* не подлежитъ сомнѣнію, и если кто хочетъ сдѣлать отсюда выводъ на основаніи обратнаго заключенія—argumentum a contrario, тотъ найдетъ сужденіе Папиніана о воззрѣніяхъ нашихъ нынѣшнихъ ученыхъ, противъ которыхъ мы поставлены въ необходимость здѣсь возстать.

3) Возмездная функція денегъ не ограничивается правонарушеніями, не ограничивается въ законѣ относительно ихъ при-

знанной «vindicta» (l. 2 § 4 de coll. 37. 6) или «ultio» (l. 6 de sep. viol. 47. 12), но имѣетъ мѣсто также при *договорахъ:* «in b o n a e f i d e i j u d i c i i s affectus rationem habendam esse», l. 54 pr. cit. Не въ силу особенностей рабовладѣльческаго права продавецъ раба въ правѣ требовать отъ покупщика соблюденія указанныхъ относительно раба правилъ обращенія, не исключительное явленіе находитъ свое мѣсто въ l. 54 cit., которое, какъ утверждаетъ Рено (ср. выше стр. 33), не можетъ имѣть болѣе примѣненія въ настоящее время,—но вопросъ идетъ объ *общемъ началѣ* въ правѣ для всѣхъ bonae fidei judicia, и какъ выше указано, источники не поскупились дать отдѣльные случаи его примѣненія. Наниматель получаетъ вознагражденіе за лишеніе красиваго вида и свѣта, за плохія двери и окна (стр. 61), хотя онъ не понесъ никакого денежнаго ущерба, несовершеннолѣтній—за то, что опекунъ не принялъ мѣръ для обезпеченія его ближайшихъ родственниковъ (стр. 54), хотя отъ этого произошло сбереженіе въ расходахъ несовершеннолѣтняго; опекунъ требуетъ удовлетворенія отъ соопекуна на томъ основаніи, что онъ не исполнилъ возложеннаго на него въ пользу несовершеннолѣтняго порученія (стр. 57); собственникъ имѣетъ вознагражденіе за то, что узуфруктуаръ превратилъ паркъ въ доходный садъ (стр. 61), хотя отъ этого прибыль и возросла; повѣренный долженъ дать денежное вознагражденіе отвѣтчику, который былъ поставленъ въ необходимость снова вести процессъ за происшедшія отъ этого проволочки и душевное волненіе (стр. 62); продавецъ получаетъ удовлетвореніе отъ покупщика раба за несоблюденіе возложенныхъ на покупщика обязательствъ относительно обращенія съ рабомъ (стр. 55).

На этомъ основаніи я, въ качествѣ судьи, не встрѣтилъ-бы никакого препятствія, возвращаяясь къ вышеприведеннымъ примѣрамъ изъ нынѣшней жизни (стр. 39),—присудить удовлетвореніе въ пользу подмастерья за лишеніе его свободы отъ работы въ воскресенье послѣ обѣда;—въ пользу нанимателя за запрещеніе пользоваться садомъ;—въ пользу отдающаго въ наймы—за противное условію занятіе музыкой;—не столько ради нихъ самихъ, насколько въ интересѣ правопорядка, дабы довѣріе и добрая совѣсть въ оборотѣ не оставались пустыми звуками.

Г) Устраненіе кажущихся противорѣчивыхъ свидѣтельствъ въ источникахъ права.

§ 14.

Мнѣ предстоитъ теперь доказать, что тѣ свидѣтельства источниковъ права, на которыхъ противники думаютъ основать свое ученіе, нисколько не противорѣчатъ развитому здѣсь взгляду.

Эти свидѣтельства суть слѣдующія:

1) l. 9 § 2 de statul. (40. 7)—главнѣйшій источникъ всего ложнаго ученія. Если-бы юристъ хотѣлъ въ положеніи: «ea enim in obligatione consistere, quae pacunia lui praestarique possunt» высказать то, что здѣсь, слѣдуя за Гаемъ, думаютъ найти, т. е., что предметъ обязательства можетъ быть только такое дѣйствіе, которое имѣетъ имущественную стоимость, то такой юристъ, какъ явствуетъ изъ предшествующаго свидѣтельства источниковъ, высказалъ-бы здѣсь нѣчто вполнѣ ложное. Какимъ образомъ можетъ быть установлено согласіе между этимъ изрѣченіемъ и свидѣтельствомъ источниковъ?

Въ нихъ излагается ученіе о тѣхъ благахъ, о такомъ интересѣ, которые хотя не имѣютъ предметомъ деньги и денежныя цѣнности, но могутъ быть оцѣнены на деньги: «pecunia lui praestarique possunt». Но это не примѣняется относительно дѣянія невозможнаго, а именно такое дѣяніе разсматривалось въ томъ случаѣ, который подлежалъ рѣшенію юриста. Обѣщанный рабъ сталъ въ силу завѣщательнаго распоряженія свободнымъ, а чрезъ это доставленіе его стало не возможнымъ, «l i b e r t a s pecunia l u i non potest nec reparari potest, т. е., свобода неоцѣнимое благо, какъ для раба самаго (libertas res inaestimabilis est l. 106 de R. I. 50. 17), такъ и для третьяго лица, ибо свободное лицо не можетъ быть куплено за деньги; однажды достигнутая свобода не подлежитъ ни отмѣнѣ (reparari non potest), ни обратному выкупу ея у раба (lui non potest).

Такое пониманіе даетъ приведенному положенію смыслъ, устанавливающій соглашеніе между нимъ и другими постановленіями и рѣшеніями источниковъ. Когда возникаетъ противорѣчіе между отвлеченнымъ выраженіемъ основнаго начала и частнымъ рѣшені-

емъ въ нашихъ источникахъ, то тогда только мы руководствуемся указаніями, которыя даютъ намъ сами источники, если мы станемъ ихъ придерживаться и по нимъ провѣримъ, или въ такомъ смыслѣ составимъ наше общее положеніе, которое было-бы съ ними согласно (l. 1 de R. I. 50. 17. Regula est, quae rem, quae est, breviter enarrat. Non ut ex regula jus sumatur, sed ex jure, quod est, regula fiat. l. 202 ibid. Omnis definitio in jure civili periculosa est, parum est enim ut non subverti possit).

2) l. 95 de V. O. (45. 1), и

3) l. 7 de praest. verb. (19. 5).

Я разсмотрю оба положенія совмѣстно, такъ какъ, по моему мнѣнію, они должны быть изъяснены однимъ и тѣмъ же порядкомъ.

Выше было нами признано, что увѣренія, данныя нанимателемъ, въ томъ, что онъ не будетъ заниматься музыкой, имѣютъ для него обязательную силу. Въ противоположность этому случаю мы возьмемъ тотъ, когда врачъ заставляетъ своего паціента дать ему обѣщаніе воздерживаться въ теченіе полугода отъ занятія музыкой въ виду возбужденнаго нервнаго его состоянія. Имѣетъ-ли данное обѣщаніе юридическую обязательную силу? Очевидно не имѣетъ! Тѣмъ не менѣе, однако, договоръ имѣетъ вполнѣ одинаковое *содержаніе*, какъ и въ вышеприведенномъ случаѣ. Откуда между ними взялось такое различіе? Отвѣтъ очень простъ: отдающій въ наемъ заинтересованъ, а врачъ—нѣтъ; тотъ принялъ обѣщаніе изъ собственнаго своего интереса, этотъ—въ интересѣ своего паціента: онъ далъ ему врачебный *совѣтъ*, совѣтъ же не измѣняетъ своего значенія отъ того, что дано *обѣщаніе* ему слѣдовать.

l. 2 § 6 Mand. (17. 1).

....cujus generis mandatum consilium magis est quam mandatum et ob id non est obligatorium, quia nemo ex consilio obligatur,

l. 2 pr. ibid..... quodsi tua tantum gratia tibi mandem, supervacuum est mandatum et ob id nulla ex eo obligatio nascitur.

Такимъ образомъ мы придемъ къ такому положенію: обѣщаніе должно представлять интересъ для того, предъ кѣмъ оно сдѣлано, хотя этотъ интересъ не долженъ непремѣнно имѣть значеніе *имущественнаго права*. Есть смыслъ въ томъ, когда наниматель даетъ обѣщаніе хозяину дома не заниматься музыкой, не держать собакъ,—нѣтъ никакого смысла, если такое обѣщаніе дано лицомъ, живущимъ въ совершенно противоположной части города. Не всякій

договоръ, какъ таковой, налагаетъ обязательство, но только такой, когда ограниченія, которымъ подчиняетъ себя обязавшійся, приносятъ пользу тому, предъ кѣмъ дано обѣщаніе: одинъ долженъ при этомъ *воспользоваться*, другой—*потерять*;—одно лишь *ограниченіе*, какъ таковое, не находитъ защиты въ правѣ, оно требуетъ оправданія и объясненія въ интересѣ другаго. Въ этомъ состоимъ *моментъ цѣли въ правѣ* (das Zweckmoment im Recht), что необходимо для всякаго права въ смыслѣ субъективномъ, которое, по моему опредѣленію, есть правомъ защищенные интересы (den rechtlich geschützten Interessen).

Относительно имущественныхъ сервитутовъ это положеніе прямо признается въ—

l. 15 pr. de Serv. (8. 1).

Quotiens nec hominum nec praediorum servitutes sunt, quia n i h i l v i c i n o r u m interest, non valet voluti: ne per fundum tuum eas aut ibi consistas et ideo si mihi concedas jus tibi non esse fundo tuo uti frui nihil agitur; aliter atque si concedas mihi, jus tibi non esse in fundo tuo aquam quaerere m i n u e n d a e a q u a e m e a e g r a t i a.

Слѣдователано, недѣйствительно обѣщаніе не рыть па своемъ участкѣ земли колодезь, пока это обѣщаніе составляетъ лишь ограниченіе одной изъ сторонъ; но оно становится обязательнымъ, когда къ этому ограниченію примкнетъ интересъ другой стороны (напр., для обезпеченія водоснабженія своего собственнгао колодца): теперь то, чѣмъ *воспользуется* одинъ, будетъ потерей для другаго, договоръ не есть простое соглашеніе воль (отвлеченная обязательная сила договора), но онъ имѣетъ разумный смыслъ, онъ преслѣдуетъ извѣстную цѣль (*въ имущественныхъ сервитутахъ* — Zweckmoment des Prädialservitut).

Обѣщаніе ограничить возводимое строеніе извѣстной вышиной имѣетъ обязательную силу, когда сосѣдъ даетъ его другому сосѣду,—servitus altius non tollendi,—необязательно и не имѣетъ никакого дѣйствія, если оно совершено относительно отдаленно живущаго лица. Здѣсь необходимо условіе смежности—Vicinität—для имущественныхъ сервитотовъ.

Итакъ, для обязательной силы договора нуженъ *интересъ въ договорѣ!* Мы не касаемся въ настоящее время еще вопроса, какого рода долженъ быть этотъ интересъ: для насъ довольно отри-

цательнаго положенія: безъ интереса нѣтъ обязательнаго договора (ohne Interesse kein bindender Vertrag).

Приложимъ это правило къ первому изъ вышеприведенныхъ положеній:

l. 95 de V. O. (45. 1).

Qui insulam fieri stipulatur, ita demum acquirit obligationem, si apparet, quo in loco insulam fieri voluerit, si et tibi insulam fieri ejus interest.

Я сознаюсь въ томъ, что прежде я совершенно превратно понималъ это положеніе, утѣшаясь тѣмъ, что и другіе не лучше меня его понимали. Я представлялъ себѣ такимъ образомъ настоящій случай. Будто нѣкто заключилъ договоръ съ подрядчикомъ на сооруженіе дома (locatio conductio operis) и впослѣдствіи превратилъ основанное на этомъ свое требованіе въ форму стипуляціи. Мнѣ на умъ не приходило, что собственникъ долженъ былъ прежде здѣсь доказать свой интересъ въ исполненіи постройки, такъ какъ, говорилъ я себѣ, здѣсь интересъ не подлежитъ сомнѣнію,—для чего-бы въ противномъ случаѣ онъ заключалъ договоръ? Если возбуждается вопросъ объ интересѣ относительно стипуляціи, то почему не возбудить его и относительно locatio conductio operis? Въ такомъ случаѣ истецъ долженъ-бы сначала указать на свой интересъ, предъявляя искъ на основаніи послѣдняго договора. Такое требованіе безсмысленно! Нелѣпость этого не уменьшится отъ того, что одинъ договоръ имѣетъ значеніе stricti juris, другой—bonae fidei. Нѣкоторые прибѣгали къ этому крайнему средству, чтобы доказать непримѣнимость приведеннаго положенія для нашего современнаго права! [1]) Нелѣпое остается нелѣпымъ, появится-ли оно въ обликѣ jus strictum, или bona fides, а я съ своей стороны еще ничего нелѣпаго не находилъ въ римскомъ правѣ, не находилъ его и въ jus strictum.

---

[1]) Такъ напр. *Баронъ*, Пандекты § 208 (стр. 415). Впрочемъ изложеніе у него нашего ученія заслуживаетъ полнаго признанія. *Виндшейдъ*, Пандекты, II, § 251 пр. 3, думаетъ найти объясненіе этого положенія въ «необходимости приговора на деньги, въ виду котораго оно и составлено». Но такая необходимость существуетъ относительно *всѣхъ* исковъ, и конечно нѣтъ нужды истцу сначала доказывать свой интересъ при reivindicatio, condictio ex mutuo, actio empti, actio conducti и т. д.

Впечатлѣніе несообразности вышеприведеннаго положенія усиливается, когда вспомнишь то обстоятельство, что стипулантъ въ данномъ здѣсь случаѣ не указалъ даже то мѣсто, на которомъ должно быть сооружено строеніе, какъ это видно изъ словъ: «si appareat, quo in loco insulam fieri voluerit». Гдѣ въ цѣломъ свѣтѣ, когда либо, былъ заключенъ договоръ о постройкѣ, въ которомъ хозяинъ постройки не упомянулъ-бы о мѣстѣ сооруженія!

Таковы послѣдствія, къ которымъ меня приводилъ мой прежній взглядъ на приведенное положеніе, и легко понять, если я признаюсь, что оно было для меня загадкой. Насколько мнѣ извѣстно, всѣ другіе юристы исходили изъ такого же пониманія. Глосса дѣлаетъ къ приведенному положенію замѣчаніе: si quis stipuletur, s i b i insulam fieri, debet locum designare, in quo fieri eam vult alias non valet stipulatio, и никому не приходилъ на мысль какой-либо иной случай, сколько я ни дѣлалъ справокъ съ литературой.

На чемъ основывается «s i b i f i e r i», которое вставляетъ глосса? Въ приведенномъ положеніи источниковъ римскаго права нѣтъ «sibi». Какъ рѣшить такой случай, если-бы стипулантъ имѣлъ въ виду постройку не на своей, но на чужой землѣ, не для себя, но въ пользу самого строителя? Могутъ возразить: какой можетъ онъ имѣть разумный интересъ въ томъ, чтобы обязавшійся выстроилъ себѣ домъ? На это я дамъ такой отвѣтъ: промышленный человѣкъ желаетъ предоставить значительное пространство въ незаселенной еще мѣстности для выстройки. Каждый, кто купитъ у него мѣсто для постройки и соорудитъ на немъ домъ, повышаетъ стоимость непроданныхъ еще мѣстъ для построекъ. Его интересъ заставляетъ поэтому каждаго, кто купитъ мѣсто для постройки, обязать выстроить тамъ домъ: «insulam fieri». Вмѣсто указанной здѣсь отвлеченной возможности, я приведу частный случай, бывшій въ дѣйствительности. Нѣсколько лѣтъ тому назадъ частное лицо пожертвовало прусскому военному министерству значительное незастроенное мѣсто въ Лихтерфельдѣ близъ Берлина для сооруженія на немъ военнаго училища. Отъ перенесенія военнаго училища изъ Берлина въ Лихтерфельдъ ожидалось, что сюда переселятся многіе промышленные люди, и что слѣдовательно они станутъ покупать мѣста для построекъ. Сдѣланное пожертвованіе такимъ образомъ оплачивалось! Если поэтому въ договоръ о пожертвованіи внесено обѣщаніе военнаго министерства соорудить военное училище въ Лих-

терфельдѣ, возникнетъ-ли у кого-либо сомнѣніе въ томъ, что жертвователь имѣетъ интересъ относительно выполненія договора, и что военное министерство не въ правѣ было-бы иначе распорядиться пожертвованнымъ ему мѣстомъ, но обязано построить на немъ военное училище? Теперь сравнимъ вышеприведенный l. 95 de V. O.

Qui insulam fieri stipulatur, ita demum acquirit obligationem, si apparet, quo in loco fieri insulam voluerit, si et ibi insulam fieri ejus interest.

Я думаю, что такимъ образомъ это положеніе становится понятно. Я перехожу къ третьему положенію, l. 7 de praesc. verb. (19. 5): Si tibi decem dedero, ut Stichum manumittas, et cessaveris, cofestim agam praescriptis verbis, ut solvas, quanti mea interest, aut si nihil interest, condicam tibi, ut decem reddas.

Приведенное положеніе исходитъ отъ того самаго Папиніана, который въ вышеуказанныхъ l. 54 Mand. (17. 1) и l. 7 de serv. exp. (18. 7) относительно договоровъ, предметъ которыхъ освобожденіе раба и хорошее съ нимъ обхожденіе, прямо говоритъ, что при bonae fidei judiciis (куда въ силу l. 2 § 2 de prc. 43. 26 принадлежитъ act. praescriptis verbis) не требуется денежный интересъ, что напротивъ совершенно достаточно одного чисто личнаго интереса («affectus ratio»). L. 7 cit. не можетъ поэтому имѣть тотъ смыслъ, который въ немъ находятъ: договоръ объ освобожденіи раба тогда только имѣетъ исковое значеніе, когда съ нимъ связывается для истца денежный интересъ.

Но какъ согласить l. 7 cit. съ двумя другими положеніями?

Для этого представляются два пути. Во-первыхъ, подъ «interest» не слѣдуетъ понимать, какъ мы видѣли это выше (стр. 68), одинъ только интересъ денежный. Конечно, казалось бы, что «quanti interest» указываютъ на деньги, но приводимое ниже положеніе свидѣтельствуетъ, что количественное означеніе интереса можетъ согласоваться также съ неимущественными интересами:

§ 7 J. de injur. (4. 4). Sed postea praetores permittebant ipsis, qui injuriam passi sunt, eam aestimare, ut judex vel t a n t i reum condemnet, q u a n t i injuriam passus a e s t i m a v e r i t, vel minoris, prout ei visum fuerit.

Во-вторыхъ, Папиніанъ требуетъ личный интересъ относительно рабовъ только для *собственнаго*, но не для *чужаго* раба. Подобный личный интересъ понятенъ относительно своего раба. Допол-

нимъ мы его мысль: личный интересъ является естественнымъ послѣдствіемъ домашнихъ сношеній между господиномъ и рабами. Не такъ относительно чужаго раба. Онъ чуждъ для третьяго лица, какъ одинъ изъ многочисленныхъ рабовъ, жившихъ въ Римѣ. Какой интересъ имѣетъ третье лицо въ томъ, чтобы онъ именно былъ свободенъ? Почему не какой либо другой рабъ? Поэтому право беретъ подъ свою охрану договоры прежняго *господина* относительно освобожденія и хорошаго обращенія съ сьомъ рабомъ, но не договоръ лицъ, совершенно постороннихъ относительно раба.

Въ подкрѣпленіе такого воззрѣнія я сошлюсь на то значеніе, которое римское право и въ другихъ случаяхъ придаетъ *личному интересу* въ *собственной* вещи. Если требованіе истца направлено на доставленіе *чужой* вещи, въ такомъ случаѣ отвѣтчикъ отвѣчаетъ только за денежный интересъ; если оно направлено на возвратъ *собственной* вещи, то принимается во вниманіе и личный интересъ, интересъ, связанный съ пристрастіемъ лица къ вещи (Affectionsinteresse) quanti in litem actor juraverit. Кто продаетъ собственную вещь, тотъ въ правѣ наложить на покупщика ограниченія относительно обращенія съ ней (legem dicere), что осталось-бы безъ всякаго значенія относительно *непринадлежащей* ему вещи [1]).

Относительно договора объ освобожденіи раба римское право ставитъ въ связь съ этимъ различіемъ, принадлежитъ-ли рабъ, въ пользу котораго договоръ заключенъ, или нѣтъ стипуланту, весьма важное послѣдствіе. Заключенный договоръ производитъ *вещное* (dingliche) дѣйствіе, если онъ совершенъ въ пользу собственнаго раба и *обязательственное* (obligatorische), если онъ заключенъ въ пользу чужаго раба. Это значитъ, что въ первомъ случаѣ, если покупщикъ не будетъ исполнять договора, то рабъ становится свободенъ ipso jure, во второмъ—продавецъ имѣетъ одинъ только личный искъ. [2])

---

[1]) Я доказалъ это въ другомъ мѣстѣ (Jahrbücher für Dogmati, X стр. 551—553, 567 и Geist des römischen R. III. 1 стр. 327 пр. 444), и здѣсь ограничусь указаніемъ относящихся сюда положеній въ источникахъ. Для перваго правила: l. 19 de serv. (8. 1), l. 6 pr. Comm. praed. (8. 4), l. II de relig. (11. 7), l. 9 Cod. de pact. int. emt. (4. 54); для втораго: l. 61 de pact. (2. 14). *Ср. приложенія*, I, *пассивное дѣйствіе правъ.*

[2]) См. мое изслѣдованіе въ Jahrbücher X стр. 548, 549. *Ср. приложенія*, I, *пассивное дѣйствіе правъ*,

Отсюда становится понятно, что одинъ и тотъ же юристъ въ l. 7 cit. требуетъ денежный интересъ относительно освобожденія раба, въ l. 54 cit. объявляетъ, что достаточно для этого одного расположенія (Affectionsinteresse). Въ первомъ случаѣ говорится о чужомъ, во второмъ—о собственномъ рабѣ.

Мы должны признать, что въ этомъ противоположеніи содержится нѣчто вѣрное. Если кто либо, заимствуя примѣръ изъ настоящаго времени, продастъ лошадь, служившую ему много лѣтъ и ставшую для него предметомъ привязанности, то понятно становится и очень нерѣдко случается, что онъ обяжетъ покупателя не обращать ее на слишкомъ тяжелую работу. Точно также въ случаѣ отказа въ пользу государства, общества своей библіотеки, картинной галлереи налагается обязанность ихъ не продавать, или не разрознять; или,—при продажѣ имѣнія, чтобы сохраненъ былъ расположенный въ немъ паркъ и воздвигнутый въ паркѣ памятникъ. Никогда, напротивъ, мнѣ не приходилось слышать, чтобы что-либо подобное ставилось условіемъ относительно чужихъ лошадей, библіотекъ, картинныхъ галлерей, домовъ. Отецъ или опекунъ, отдавшіе въ услуженіе свою дочь и малолѣтнюю, въ правѣ заключить условіе о томъ, какъ съ ними должны обращаться относительно содержанія требованія работы, и имъ нельзя отказать въ правѣ на искъ, согласно съ нашимъ предшествующимъ изложеніемъ (§ 12). Но если третье лицо заключитъ такой договоръ, то онъ также мало будетъ имѣть значенія въ правѣ, какъ у римлянъ при освобожденіи чужаго раба.

Такимъ образомъ устраняются оба вышеприведенныя положенія; остается одно только, которое сторонники денежной стоимости обязательства приводятъ въ защиту своего воззрѣнія,—это l. 38 § 17 de V. O. (45. 1). Но такъ какъ здѣсь нѣтъ ни единаго слова о денежной стоимости обязательства, но требуется необходимый интересъ вѣрителя въ обязательствѣ (das Erforderniss des Jnteresses der Obligation); о чемъ я буду говорить ниже (§ 17), то поэтому разсмотрѣніе этого положенія здѣсь можетъ быть опущено.

Я кончу слѣдующимъ заключеніемъ: нѣтъ ни одного положенія въ источникахъ права, которое требуетъ, какъ необходимое условіе для обязательства, денежную стоимость дѣйствія; напротивъ, есть рядъ другихъ, которыя доказываютъ то обстоятельство, что римскій судья могъ ставить рѣшенія на деньги относительно

неимущественныхъ интересовъ, и не только въ искахъ изъ правонарушеній, но также въ искахъ на основаніи договора.

Чтобы разрушить основаніе ученія, что предметъ обязательства можетъ быть такое только дѣйствіе, которое имѣетъ имущественное значеніе, довольно во всякомъ случаѣ уже представленнаго доказательства, что въ искахъ изъ правонарушенія «pecuniaria aestimatio» не совпадаетъ въ рѣшительной части (condemnatio) судебнаго рѣшенія съ денежной стоимостью (у Гая IV. 48), хотя-бы вовсе нельзя было привести ни одного свидѣтельства источниковъ о томъ-же для исковъ на основаніи договора. Все ученіе является ошибкой, возникшей изъ невѣрно понятой историко-юридической замѣтки.

Конечно, для судьи очень удобно примѣнять положеніе, созданное этимъ ученіемъ. Оно избавляетъ его отъ труднаго изслѣдованія, какъ далеко можетъ онъ распространять охрану чистоличнаго интереса, и облегчаетъ ему такое примѣненіе права, которое устраняетъ всѣ возможныя сомнѣнія и затрудненія; гдѣ нельзя усмотрѣть денежной стоимости, тамъ онъ просто не допускаетъ и иска. Но одно дѣло—облегченіе занятія для судьи, другое дѣло—требованіе оборота, и это значило-бы поставить отношеніе внизъ головой, если послѣднее будетъ находиться въ зависимости отъ перваго. Нѣтъ основанія отвергать мѣрило или точку зрѣнія потому лишь, что имъ не достаетъ опредѣленности въ примѣненіи на судѣ; если они во всемъ остальномъ удовлетворяютъ требованіямъ жизни, нѣтъ основанія замѣнять ихъ другимъ мѣриломъ и точкой зрѣнія, которыя хотя и представляютъ преимущество по своей опредѣленности, но непригодны для жизни. Вѣдь дѣлаетъ-же судья различіе между culpa lata и culpa levis, соображаясь съ представленіемъ о diligens paterfamilias, которое имѣетъ значеніе мѣрила столь-же неопредѣленнаго и растяжимаго, какъ личный интересъ. Не болѣе опредѣленными являются также условія продолжительности соблюденія (usus longaevus, longa consuetudo, tenaciter conservata и т. д.) для обязательственнаго права. Къ тому именно стоитъ здѣсь судья, чтобы восполнить отвлеченное выраженіе права своимъ личнымъ взглядомъ и правильнымъ чутьемъ (Takt),—такой судья, который умѣетъ только примѣнять отвлеченныя правила права въ ихъ неизмѣнной формальности (schablonenmässig), недостоинъ своего званія. Требованіе, къ нему обращенное въ l. 54 Mand. (17. 1): in bonae fidei judiciis a f f e c t u s ra-

tionem habendam esse, нисколько не затруднительнѣе того, чтобы онъ умѣлъ правильно воспользоваться въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ такой мѣрой, какъ diligens paterfamilias, условіемъ для longa consuetudo и многими еще другими.

Я вовсе не склоненъ сложить съ себя и взвалить на судью всѣ трудности при практическомъ примѣненіи мной здѣсь защищаемаго положенія; наоборотъ, я считаю своимъ долгомъ дополнить сдѣланное мной до сихъ поръ преимущественно отрицательное только развитіе положительнымъ доказательствомъ того, до какихъ предѣловъ можетъ идти защита неимущественнаго, личнаго интереса. Не думая вовсе исчерпать предметъ, я надѣюсь, что въ отношеніи такого вопроса, мимо котораго ученый охотно проходитъ съ осмотрительной сдержанностію, даже скромный вкладъ встрѣтитъ сочувственный пріемъ.

Д) Опредѣленіе предѣловъ защиты интересовъ въ нашемъ современномъ правѣ.

§ 15.

Гдѣ кончается исковая сила договора? *Виндшейдъ* (Pandekten § 251 пр. 3) видитъ исковую силу тамъ, гдѣ есть «на основаніи усмотрѣнія судьи признанный въ правѣ интересъ», и не допускаетъ иска тамъ, гдѣ требованіе основано исключительно на прихоти. Съ нимъ соглашается *Баронъ* (Pandekten § 208). Я не думаю, что такое сопоставленіе исчерпываетъ предметъ; существуютъ интересы, которые мы не назовемъ прихотью, но которые не имѣютъ защиты въ правѣ.

Сдѣлаемъ попытку сначала дать *отрицательное* опредѣленіе предѣловъ защиты въ правѣ, исключивъ тѣ отношенія, которыя безъ сомнѣнія защитой не пользуются.

Сюда прежде всего принадлежатъ отношенія изъ условій *общественности* (Geselligkeit). Условія общественности стоятъ внѣ опредѣленій права; они по природѣ своей не допускаютъ внѣшней принудительности. Приглашеніе быть въ обществѣ, отправленное одной и принятое другой стороной, не производитъ никакого юри-

дическаго дѣйствія,—не производитъ его даже въ такомъ случаѣ, когда съ этимъ приглашеніемъ соединяется имущественный интересъ.

Приглашеніе пріятеля провести у него въ имѣніи лѣто имѣетъ несомнѣнно денежную стоимость; оно избавляетъ приглашеннаго отъ издержекъ на покрытіе расходовъ собственнаго содержанія. Кто станетъ однако утверждать, что приглашенный могъ-бы требовать вознагражденія этихъ издержекъ въ случаѣ, если-бы приглашеніе было отмѣнено? Однако сторонники денежной стоимости въ обязательствахъ должны-бы допустить такой искъ! Отсюда слѣдуетъ, что ученіе о денежной стоимости, съ одной стороны слишкомъ *узко*, съ другой—слишкомъ *широко*. Нѣтъ недостатка въ интересѣ у приглашеннаго, и нельзя это назвать просто *прихотью*, тѣмъ не менѣе никто не будетъ сомнѣваться, что подобное приглашеніе не создаетъ никакого требованія въ правѣ.

Столь же мало создаетъ его и принятіе приглашенія. Въ нѣкоторыхъ случаяхъ неприбытіе ожидаемаго гостя можетъ испортить хозяину все то наслажденіе, которое онъ желалъ доставить себѣ и своимъ знакомымъ, и конечно интересъ хозяина видѣть у себя званаго гостя далеко не есть только прихоть, но никто не подумаетъ даже, чтобы хозяинъ имѣлъ на этомъ основаніи искъ о вознагражденіи своего исключительнаго интереса (Affectionsinteresse), какъ-бы твердо ни увѣрялъ приглашенный, что онъ будетъ непремѣнно. По моему мнѣнію, никакой перемѣны сюда не внесетъ договорная неустойка, не смотря на l. 38 § 17 de V. O. (45. 1). Въ такомъ случаѣ я бы примѣнилъ-бы основныя положенія о conditio turpis. Принужденіе стало-бы въ противорѣчіе съ тѣмъ отношеніемъ, къ которому оно прилагалось-бы. Общественность по природѣ своей *свободна*, и я назвалъ-бы подобное обѣщаніе вмѣстѣ съ l. 71 § 2 de cond. (35. 1)—«c a u t i o, p e r q u a m j u s l i b e r t a t i s i n f r i n g i t u r».

Но общественная жизнь можетъ послужить поводомъ для дѣловыхъ отношеній. Договоръ, который заключаетъ созвавшій гостей (Gastgeber) съ лакеемъ, обязавшимся находиться въ собраніи,—съ поваромъ, который доставляетъ кушанья,—съ музыкантами, которые обязаны играть во время бала,—имѣетъ чисто дѣловое значеніе и не утрачиваетъ нисколько такой характеръ оттого, что онъ составленъ по поводу цѣлей общественныхъ. Допу-

стимѣ, что названныя лица отыщутъ впослѣдствіи для себя болѣе выгодное примѣненіе своихъ услугъ; могутъ-ли они отказаться отъ заключеннаго договора? Тотъ, кто видитъ обязательную силу договоровъ только въ интересѣ денежномъ, долженъ рѣшить этотъ вопросъ утвердительно, такъ какъ въ томъ собраніи, гдѣ эти лица должны оказать свои услуги, дѣло идетъ не о денежномъ иннересѣ, но только о простомъ развлеченіи. Я-же съ своей стороны нисколько не былъ-бы затрудненъ, будучи судьей, присудить съ названныхъ лицъ, при неисполненіи ими договора, денежный штрафъ по усмотрѣнію, и я считалъ-бы, что при этомъ я нахожусь въ полномъ согласіи съ основными положеніями римскаго права.

Отъ *общественности* (Geselligkeit), т. е., временнаго собранія съ цѣлью развлеченія и времяпрепровожденія, я отличаю *услужливость* (Gefälligkeit), т. е., безкорыстное оказаніе услугъ или временное предоставленіе пользованія вещами. По моему мнѣнію послѣдняя не имѣетъ тоже защиты въ правѣ, даже тогда, когда будетъ здѣсь имущественный интересъ. Если кому-либо дано обѣщаніе преподать первыя правила латинскаго языка, математики и т. п., обучить музыкѣ, то это лицо имѣетъ значительный *интересъ* въ исполненіи даннаго обѣщанія; тутъ далеко не простая *прихоть*, которую оно задумало удовлетворить. Мало того, данное обѣщаніе имѣетъ имущественное значеніе, ибо безденежное преподаваніе служитъ для сбереженія того вознагражденія, которое здѣсь въ противномъ случаѣ слѣдовало-бы взыскать. И кто однако будетъ утверждать, что онъ имѣетъ право на искъ объ исполненіи даннаго обѣщанія? Данное ему обѣщаніе не имѣло, по обстоятельствамъ, при которыхъ дано, значенія *дѣловаго*, обязательнаго по праву, но носитъ чисто *дружескій* характеръ, и какъ таковое, не налагаетъ обязательства.[1] Сказанное объ оказаніи услугъ примѣняется, по моему мнѣнію, также относительно обѣщанія временнаго предоставленія вещей въ пользованіе. Я нахожу, что ученіе о непосредственно исковомъ значеніи pactum de commodando—ложно, и, наоборотъ, переданная дѣйствительно ссуда, въ противоположность передачи чего-либо изъ милости (precarium), не подлежитъ произволу давшаго. Конечно, требованіе о возвратѣ ссуды не исключается со-

[1]) О подобныхъ дружескихъ необязательныхъ обѣщаніяхъ упоминаютъ l. 10 § 7 Mand. (17. 1) и l. 13 § 2 de rec. arb. (4. 8).

вершенно, но не допускается только въ *неудобное время* (nur zur Unzeit), какъ свидѣтельствуетъ arg. l. 17 § 2 com (13. 6).... intempestive..... inoportune. Относительно владѣнія изъ милости (precarium) см. l. 26 de prec. (43. 26)..... nulla vis est hujus conventionis, at alienam rem domino invito possidere liceat.

Мы должны выдѣлить еще одинъ, третій, разрядъ обѣщаній, въ которыхъ тотъ, предъ кѣмъ они дѣлаются, не имѣетъ никакого интереса. Здѣсь мы напомнимъ приведенный выше случай, когда паціентъ даетъ врачу обѣщаніе не заниматься музыкой въ противоположность подобному обѣщанію, которое наниматель даетъ хозяину (стр. 71 и 72).

Гдѣ кроется различіе между обоими случаями? Хозяинъ *терпитъ лишеніе* отъ неисполненія, врачъ же *нѣтъ*. Точно также собственникъ земли *терпитъ лишеніе*, когда сосѣдъ надстраиваетъ свой домъ но для него совершенно безразлично, если тоже самое сдѣлаетъ домовладѣлецъ въ отдаленной мѣстности; тамъ право признаетъ искъ на основаніи договора, здѣсь же нѣтъ.

Необходимость интереса не должна ограничиваться непосредтвенно своей собственной выгодой, напротивъ того, она обнимаетъ, какъ указываютъ это примѣры, заимствованные изъ римскаго права (стр. 53 и слѣд.), такихъ лицъ, которыя находятся въ отношеніяхъ близости съ договаривающимся въ силу узъ крови или связи по обязанностямъ. Въ нихъ *оскорбляется* онъ самъ. Равно и наоборотъ,—въ ограниченномъ его личными потребностями пользованіи—usus, онъ чрезъ нихъ пользуется, когда имъ передаетъ право пользованія (l. 2 § 1—l. 9 de usu 7. 8).

Я думаю, что нѣтъ основанія отказать отцу или опекуну, когда они отдадутъ сына или малолѣтняго въ ученіе и условятся, чтобы онъ бралъ извѣстные уроки, или при договорѣ личнаго найма условятся о томъ, какимъ содержаніемъ и обращеніемъ должна пользоваться отданная въ услуженіе дѣвушка,—въ правѣ на искъ объ исполненіи договора, вслѣдствіе кажущагося отсутствія ихъ интереса. Отецъ и опекунъ должны въ подобныхъ договорахъ охранять интересъ своихъ дѣтей и состоящихъ на ихъ попеченіи малолѣтнихъ; интересъ послѣднихъ становится *ихъ* интересомъ; если терпятъ лишеніе дѣти и малолѣтніе, то терпятъ его и они, когда ихъ вообще одушевляетъ правильное чувство заботливости.

Я перейду къ положительному опредѣленію интереса, т. е., къ перечню тѣхъ интересовъ, которымъ, по моему разумѣнію, не можетъ быть отказано въ оказаніи защиты въ правѣ, соотвѣтственно съ тѣмъ, какъ разъ уже сложился нашъ бытъ и культура. Само собой разумѣется, что здѣсь исключены интересы имущественные, такъ какъ о нихъ никто не споритъ, я также не буду касаться здѣсь семейственнаго права.

Мнѣ слѣдовало-бы прежде всего отвѣтить на вопросъ: что такое интересъ? Не вдаваясь въ пространное объясненіе этого понятія, которое я откладываю до другаго раза, я изложу только выводъ изъ всего моего предшествующаго, съ этой цѣлью сдѣланнаго, изслѣдованія [1]).

Интересъ въ смыслѣ субъективномъ указываетъ на чувство зависимости въ жизни (das Gefühl der Lebensbedingtheit). Основаніе, въ силу котораго меня интересуетъ извѣстная вещь или отношеніе лежитъ въ томъ, что я чувствую въ моемъ существованіи и благосостояніи, въ моемъ довольствѣ или счастіи отъ нихъ свою зависимость. *Интересы слѣдовательно—это суть жизненныя требованія* (Lebensbedingungen) *въ широкомъ смыслѣ.* Понятіе жизненныхъ требованій принимается здѣсь преимущественно въ значеніи относительномъ, что составляетъ *полноту* жизни для одного, т. е., входитъ въ условія его *благосостоянія,* то для другаго не имѣетъ никакого значенія. Это оправдывается какъ на отдѣльныхъ лицахъ, такъ и на цѣлыхъ народахъ, даже на одномъ и томъ же народѣ въ различныхъ періодахъ его культуры. Съ интересами народа также измѣняется его право, назначеніе котораго въ томъ именно и заключается, чтобы охранить непреложныя жизненныя требованія общества путемъ принужденія [2]). Поэтому интересъ, какъ мѣра для права, есть мѣра непостоянная, и кто вздумалъ-бы разсматривать *отвлеченно* вопросъ объ интересахъ, требующихъ защиты въ правѣ, тотъ обнаружилъ-бы полнѣйшее непониманіе предмета, какъ будто здѣсь возможно рѣшеніе одинаковое для всѣхъ временъ и народовъ. Древній римскій юристъ осмѣялъ-бы Папиніана за его

---

[1]) Понятіе объ интересѣ будетъ развито во второмъ томѣ моего сочиненія «der Zweck im Recht», еще не вышедшемъ въ свѣтъ.

[2]) Опредѣленіе права подробно изложено въ моемъ «Zweck im Recht» т. I стр. 434 и слѣд. Нѣмецкій подлинникъ вышелъ въ 1877 году. Ср. *Приложенія* II. «*Цѣль въ правѣ*».

положеніе: «affectus rationem habendam esse», потому что онъ не имѣлъ еще никакого понятія о тѣхъ интересахъ, которые послѣдній себѣ представлялъ, такъ-же точно, какъ не могъ себѣ представить древній римскій земледѣлецъ, что вещный сервитутъ можетъ быть установленъ не только ради пользы, но также ради наслажденія (см. выше, стр. 61).

Наоборотъ, Папиніанъ понялъ-бы наше время, съ его интересами, ибо они въ сущности тѣ же самые, какіе были и въ его время, т. е. интересы развитаго культурнаго народа, и если наше время значительно опередило его время относительно внѣшнихъ учрежденій, служащихъ культурѣ, какъ, напр., книжный торгъ, печать, желѣзныя дороги, телеграфы и т. д., то все-же Папиніанъ не оказался-бы безсильнымъ дать такую мѣру, которая открывала-бы возможность удовлетворить интересамъ, связаннымъ съ этой культурой, и, быть можетъ, одно только вызвало-бы его удивленіе, что то самое правовѣдѣніе, которое кичится тѣмъ, что прошло у него и у римскихъ юристовъ школу ученія, попыталось примѣнить относительно интересовъ, требующихъ защиты въ правѣ, такую мѣру, которая отражаетъ пониманіе жизни народомъ грубымъ, — мѣру, которая могла удовлетворить римскій народъ, но уже въ Римѣ въ эпоху классическихъ юристовъ была замѣнена другой, высшей мѣрой, болѣе соотвѣтствующей культурѣ того времени.

Такимъ образомъ, очерченный мной выше (§. 12) кругъ интересовъ по римскому праву можетъ быть безъ затрудненія удержанъ и для настоящаго времени. Моя цѣль заключается въ томъ только, чтобы наполнить этотъ кругъ подходящими сюда примѣрами изъ нашей современной жизни. Я не задаюсь мыслью представить что-либо болѣе однихъ примѣровъ; здѣсь не будетъ, слѣдовательно, полной или приблизительно полной казуистики. Но достаточно однихъ этихъ примѣровъ, чтобы дать наглядное представленіе о тѣхъ интересахъ, которые въ нихъ будутъ намѣчены и чтобы начертать схему, куда каждый могъ-бы подвести опущенные здѣсь случаи.

Но предварительно прошу позволить мнѣ предпослать нѣсколько замѣчаній объ отношеніи *договора купли-продажи* къ постановленному выше вопросу.

Насколько мнѣ извѣстно, римское право примѣняетъ относительно договора купли-продажи исключительно денежную мѣру интереса, что въ моихъ глазахъ имѣетъ значеніе громаднаго недостатка

и объясняется какъ остатокъ, сохранившійся отъ прежняго времени, который, я думаю, мы имѣемъ полное основаніе отбросить, ибо, мнѣ кажется, не подлежитъ сомнѣнію, что съ признаніемъ денежной стоимости интереса, покупщикъ ни въ какомъ случаѣ не получитъ полнаго удовлетворенія. Съ исполненіемъ договора купли-продажи могутъ связываться для покупщика и другіе еще интересы, кромѣ денежныхъ. Отъ быстроты доставленія на основаніи договора поставки «необходимыхъ предметовъ для арміи и флота во время войны или жизненныхъ припасовъ для предотвращенія или устраненія голода» (Имперское уголовное уложеніе, ст. 329)—зависитъ благосостояніе или бѣдствіе нѣсколькихъ тысячъ людей, можетъ быть—успѣхъ военнаго похода и связанное съ нимъ могущество государства. Наше уголовное уложеніе съ полнымъ основаніемъ подвергаетъ за неисполненіе этого договора наказанію, быть можетъ, слишкомъ слабому. Для гражданскаго права такой договоръ имѣетъ значеніе простой купли-продажи. Я думаю, что слѣдовало-бы предоставить возможность и гражданскому праву удовлетворить оскорбленное чувство потерпѣвшей стороны, когда она этого будетъ требовать, на основаніи злонамѣреннаго неисполненія договора купли-продажи, напр. въ случаѣ двойной продажи. Какую пользу можетъ принести покупщику предоставленіе ему денежной стоимости вещи, если эта стоимость не выше, а, можетъ быть, даже и ниже условленной цѣны продажи? На самомъ дѣлѣ подобный договоръ купли-продажи лишенъ всякой защиты; нѣтъ никакой кары права, сдерживающей безсовѣстнаго торговца отъ того, чтобы проданную одному лицу вещь не продать вслѣдъ за тѣмъ другому, дающему надбавку въ цѣнѣ. Конечно, вполнѣ умѣстна была-бы и здѣсь та двойная пеня, которую римляне знали такъ мѣтко примѣнить къ нѣкоторымъ отношеніямъ, какъ угрозу. Если-бы ее узаконилъ нашъ кодексъ, то судья былъ-бы избавленъ отъ многихъ сомнѣній и нерѣшительности, а съ нашего права былъ-бы сложенъ упрекъ въ томъ, что оно въ безсиліи стоитъ предъ дерзско-сознательнымъ правонарушеніемъ.

Главнѣйшій договоръ, къ которому примыкаютъ почти всѣ исполненные сомнѣнія вопросы нашей современной жизни объ интересѣ, есть *договоръ найма* въ его тройственномъ расчлененіи—какъ наемъ вещей, услугъ и какъ договоръ подряда—locatio rei, оре-

rarum, operis.—Мы укажемъ на слѣдующіе главные случаи въ этой обширной области.

1. НАЕМЪ ЖИЛИЩЪ.

Сначала посмотримъ на тѣ требованія, которыя возникаютъ для нанимателя вслѣдствіе неисполненія договора найма со стороны отдающаго въ наймы. Сюда должны быть отнесены, какъ обыкновенно повторяющіеся поводы для столкновеній, слѣдующія явленія:

а) Несвоевременное предоставленіе жилища, неприведеніе жилища въ исправное положеніе, что по закону или по договору лежитъ на обязанности отдающаго въ наемъ (см. выше стр. 61).

б) Непредоставленіе всего отданнаго въ наймы, напр., закрытіе принадлежащаго къ жилищу сада.

в) Препятствіе въ пользованіи жилищемъ вслѣдствіе такихъ распоряженій и дѣйствій отдавшаго въ наймы, на которыя онъ не имѣлъ права.

г) Отмѣна заключеннаго на опредѣленное время договора найма путемъ досрочной продажи дома.

Во всѣхъ этихъ случаяхъ, когда искъ о дѣйствительномъ предоставленіи пользованія нанимателю окажется недостаточнымъ, требовать отъ нанимателя доказательствъ его денежнаго интереса, значитъ, оставить его безъ всякой защиты на произволъ отдавшаго въ наймы. На своихъ лекціяхъ я обыкновенно привожу такой случай, какъ яркій примѣръ того, къ чему приводитъ начало денежнаго интереса. Нѣкто заблаговременно обезпечилъ для себя и своего семейства помѣщеніе въ гостинницѣ на предстоящія празднества, для которыхъ ожидается значительный наплывъ пріѣзжихъ въ городъ. Между тѣмъ хозяинъ гостинницы встрѣчаетъ возможность отдать помѣщеніе по несравненно болѣе высокой цѣнѣ вслѣдствіе значительнаго спроса на квартиры, такъ что, когда первоначальный наниматель пріѣзжаетъ поздно вечеромъ въ экипажѣ, выѣзжающемъ отъ гостинницы на станцію желѣзной дороги за вновь прибывающими, то ему отказываютъ въ помѣщеніи. Онъ долженъ вмѣстѣ съ своимъ семействомъ, женой и дѣтьми, бродить по городу въ поискахъ за квартирой и, послѣ тщетныхъ усилій въ теченіи долгаго времени, онъ наконецъ вынужденъ удовольствоваться найденнымъ пристанищемъ въ плохомъ трактирѣ. Какое дастъ

ему вознагражденіе судья, исключительно соразмѣряющій интересъ на деньги? Признаетъ-ли онъ за недопущеннымъ въ гостинницу право на вознагражденіе издержанныхъ имъ денегъ по найму извозщика, котораго удалось ему найдти при скитаніи въ поискахъ за помѣщеніемъ? Или *никакого* не предоставитъ ему *вознагражденія*, если въ ночное время не сыскалось ни одного извощика, и на слѣдующее утро въ карманѣ пріѣзжаго будутъ находиться все тѣ-же деньги, которыя у него были вначалѣ его странствій. Вѣдь онъ не понесъ никакого ущерба въ своемъ имуществѣ!? И такой результатъ, нагло попирающій всякое здравое чувство права, смѣетъ ктолибо защищать и восхвалять право за подобныя утонченныя сплетенія. Да я скорѣе пойду искать защиты своего права у турецкаго паши, нежели у высокоразвитаго правовѣдѣнія, не дающаго мнѣ здѣсь охраны; я готовъ первый выкинуть за бортъ все правовѣдѣніе, если такая нелѣпость должна быть признана за мудрость.

Я отношу къ неимѣющимъ денежной стоимости интересамъ такого рода договоры въ пользу отдающаго въ наймы: наниматель не долженъ вовсе или только въ извѣстные часы предаваться занятію музыкой; онъ не долженъ давать въ своемъ помѣщеніи баловъ,—держать собакъ,—пускать къ себѣ нахлѣбниковъ. Я прошу сравнить сказанное выше на стр. 38-й и 39-й.

2. НАЕМЪ ДОМАШНЕЙ ПРИСЛУГИ (GESINDEVERTAG).

Кухарка до срока покидаетъ свою должность, нанятая нянька вовсе не является. Хозяева поставлены въ очень затруднительное положеніе, жена должна взять на себя роль кухарки, мужъ—няньки. Приходитъ-ли къ нимъ на помощь ученіе общаго права о денежной стоимости? Отнюдь нѣтъ! Послѣдствія перенесенныхъ непріятностей не имѣютъ денежной стоимости. Къ счастію во многихъ мѣстахъ мы пользуемся уставами о домашней прислугѣ (Gesindeordnung), восполняющими безправіе и беззащитность, въ которыя повергаетъ насъ ученіе о денежной стоимости; но вѣдь я именно того и требую, чтобы право насъ защищало, и утверждаю, что отрицающее такую защиту ученіе въ основѣ своей ложно и безсильно. Выше я привелъ доказательство того, что такое ученіе не можетъ ссылаться на положенія римскаго права; я указалъ на

l. 8 § 2 Rat. rem. (48. 8), гдѣ допускается искъ на основаніи причиненной непріятности.

Нерѣдко въ договоръ о наймѣ домашней прислуги вносятся условія о томъ, какое будетъ ей предоставляться содержаніе, о родѣ и количествѣ требуемыхъ услугъ, о свободномъ времени для прислуги, напр., послѣобѣденное время по воскресеньямъ, о дозволеніи посѣщать родителей, о времени для говѣнья и т. п. Исчисленныя условія до такой степени важны для прислуги, для родителей и опекуновъ, заключившихъ договоръ найма въ услуженіе, что въ большинствѣ случаевъ они вовсе не заключили-бы договора безъ такихъ условій. Допустимъ, что хозяева не соблюдаютъ условій договора, то неуже-ли право не дастъ здѣсь никакой защиты? Я вовсе не думаю о принужденіи къ исполненію,—оно нерѣдко приходитъ слишкомъ поздно,—но я говорю о денежномъ вознагражденіи за прошлое. Кто не видитъ, что безъ такого вознагражденія состоявшееся соглашеніе есть одно только праздное слово?

3. ДОГОВОРЫ О ПРИНЯТІИ НА ВОСПИТАНІЕ, ВЪ НАХЛѢБНИЧЕСТВО, ДЛЯ ВРАЧЕБНАГО УХОДА, ДЛЯ ОБУЧЕНІЯ, ОБРАЗОВАНІЯ И Т. П.

(Verträge, welche die Verpflegung, Verabreichung vom Wohnung und Kost, ärztliche Behandlung, Erziehund, Unterricht u. s. w. zum Gegenstand haben).

Къ числу такихъ договоровъ относятся помѣщеніе умалишеннаго въ лѣчебницу для психически больныхъ, ученика въ воспитательное заведеніе, договоры о сложеніи обязанностей по постою войскъ (Abnahme der Einquartirung),—договоры съ врачемъ объ оказаніи врачебной помощи за опредѣленное вознагражденіе, въ особенности договоры мѣстныхъ общинъ съ врачами объ уходѣ за неимущими больными,—желѣзныхъ дорогъ о врачебномъ содѣйствіи служащимъ и договоръ о принятіи на-хлѣба (доставленіе жилища и содержанія за опредѣленную оптовую плату—Aversionalquantum).

4. ДОГОВОРЫ, ПРЕСЛѢДУЮЩІЕ ИНТЕРЕСЫ НАУКИ И ИСКУССТВЪ.

Для примѣра могутъ быть приведены слѣдующіе:

a) *Договоръ объ изданіи* (Verlagscontract). Авторъ, выговоритъ-ли онъ себѣ вознагражденіе или нѣтъ, нерѣдко имѣетъ глав-

нѣйшимъ образомъ въ виду, заключая договоръ, не деньги, но обнародываніе своего произведенія, для удовлетворенія своего личнаго честолюбія или въ интересѣ чисто научномъ. Относить договоръ объ изданіи исключительно къ точкѣ зрѣнія денежнаго интереса значило-бы совершенно не понимать духовное назначеніе литературы, низвести ее на степень ремесла, автора—принизить до простато подёнщика, въ лицѣ котораго право не признаетъ и не защищаетъ никакого иного интереса, кромѣ интереса денежнаго.

Естественно примѣнить къ отдѣльнымъ частнымъ соглашеніямъ въ договорѣ объ изданіи то, что прилагается къ цѣлому договору, напр. относительно отдѣльныхъ условій о приложеніяхъ къ произведенію, о чертежахъ и рисункахъ, о времени выхода въ свѣтъ и т. п.

б) *Договоръ живописца о выставкѣ своихъ картинъ* въ лавкѣ для торга художественными предметами или на художественной выставкѣ.

в) *Договоръ драматическаго* или *музыкальнаго писателя* о постановкѣ его драмы или оперы.

г) *Договоръ актера* о предоставленіи ему права на исключительное исполненіе извѣстныхъ ролей.

Всѣ исчисленные договоры преслѣдуютъ дѣйствительные жизненные интересы названныхъ лицъ, но ни одно изъ этихъ лицъ не было-бы въ состояніи, въ случаѣ несоблюденія договора, вычислить какой нибудь денежный интересъ. Здѣсь не рѣдко опять принужденіе къ исполненію окажется безсильнымъ проявить свое содѣйствіе. Здѣсь снова должны мы будемъ сознаться, что право на основаніи принципа денежнаго интереса никакъ не можетъ удовлетворить запросамъ современной жизни въ томъ видѣ, какъ они сложились въ настоящее время.

Въ сдѣланномъ выше перечнѣ я придерживался такихъ примѣровъ, въ которыхъ совершенно исключена точка зрѣнія денежнаго интереса, и я вовсе опустилъ всѣ тѣ случаи, въ которыхъ нарушеніе договора задѣваетъ имущественный интересъ. Несоблюденіе договора пѣвицей, приглашенной на театральный сезонъ или преподавателемъ французскаго языка, который приглашенъ въ учебное заведеніе, задѣваетъ все предпріятіе содержателя театра или учебнаго заведенія, которое служитъ имъ для денежнаго пріобрѣтенія, и хотя не легко поддается опредѣленію размѣръ причинен-

наго имъ имущественнаго ущерба, тѣмъ не менѣе преслѣдуемый здѣсь интересъ прежде всего есть интересъ денежный. Судьѣ грозитъ здѣсь ошибка не отъ примѣненія денежной мѣры, но только отъ невѣрнаго ея примѣненія, что къ сожалѣнію слишкомъ часто случается въ практикѣ германскихъ судовъ вслѣдствіе непремѣннаго требованія точно доказать размѣръ понесеннаго ущерба.

Сюда можетъ быть отнесенъ вызовъ соискателей для полученія преміи, напр. за лучшее драматическое, музыкальное произведеніе. Посредники, назначенные тѣмъ, кто дѣлаетъ вызовъ соискателей, принявъ возложенное на нихъ порученіе, обязаны присудить преміи въ порядкѣ, указанномъ ея учредителемъ. Конечно, они ничѣмъ не стѣснены въ своемъ сужденіи о *достоинствѣ* произведенія, представленнаго для соисканія преміи; но они юридически ограничены указанными требованіями относительно *рода* произведенія и не могутъ поэтому присудить за комедію такую премію, которая назначена для драмы. Они юридически обязаны постановить приговоръ подобно римскому посреднику—arbiter.

5. ДОГОВОРЫ ОБЪ ОБЩЕСТВЕННЫХЪ ПРЕДПРІЯТІЯХЪ.

Для примѣра я назову подписку или присылку денежныхъ взносовъ въ пользу нуждающихся лицъ, для сооруженія памятника, учрежденія благотворительнаго заведенія и т. п. Между тѣми лицами (комитетъ), которыя становятся во главѣ подобнаго рода предпріятій и подписчиками устанавливаются отношенія на основаніи довѣренности и, согласно вышеприведеннымъ положеніямъ (см. выше стр. 56), несомнѣнно, что подписчики имѣютъ не только искъ о возвратѣ (condictio ob causam datorum), но также искъ объ исполненіи договора довѣренности (см. выше стр. 21), если сдѣланные ими взносы не обращены по назначенію.

Другой рядъ примѣровъ даютъ договоры, заключаемые комитетами при устраиваніи всевозможныхъ торжествъ, о сооруженіи помѣщенія для пріема гостей во время общественныхъ празднествъ (гимнастическія, музыкальныя и т. п. залы), для ухода на станціяхъ желѣзныхъ дорогъ за проходящими солдатами, договоры благотворительныхъ обществъ о снабженіи неимущихъ пищей,—договоры обществъ, учрежденныхъ съ цѣлью украшенія зданій,—о сооруженіи общественныхъ строеній. Союзы и комитеты служатъ такимъ

образомъ обыкновенной формой для выраженія всѣхъ подобныхъ стремленій, направленныхъ на содѣйствіе и осуществленіе общеполезныхъ цѣлей, признанныхъ въ нашей современной жизни. Во всѣхъ договорахъ, заключаемыхъ такими союзами и комитетами, юридическій интересъ представляетъ то, что они хотя и заключаютъ договоры отъ своего *имени* (см. выше стр. 24), но однако не въ своемъ собственномъ денежномъ интересѣ.

Къ числу подобныхъ договоровъ принадлежитъ подлежащій въ настоящемъ случаѣ разсмотрѣнію договоръ о сооруженіи желѣзной дороги *въ интересѣ общественномъ*. Вмѣстѣ съ этимъ является переходъ къ дальнѣйшему изложенію.



IV.

Необходимость интереса для вѣрителя.

1. ПОЛОЖЕНІЕ НАСТОЯЩАГО ВОПРОСА.

§ 16.

Я нахожу, что все предшествующее изложеніе служитъ достаточнымъ опроверженіемъ ученія о мнимой необходимости имущественной стоимости для обязательственныхъ дѣйствій. Вмѣстѣ съ тѣмъ устраняется съ нашего пути одна преграда, которую противная сторона выставила противъ требованія истца, и я надѣюсь, если только требованіе истца безспорно въ другихъ отношеніяхъ, то сдѣланное возраженіе о томъ, что оно не имѣетъ *имущественнаго* значенія, потеряло всякую силу.

Трудно допустить, что подобное возраженіе могло-бы быть предъявлено, если-бы оно не предназначалось для поддержанія другаго возраженія, состоящаго въ томъ именно, что истецъ *вообще* не имѣетъ никакого интереса въ исполненіи договора, ибо онъ при заключеніи договора преслѣдовалъ не свою, но чужую цѣль. Трудно допустить, что то и другое возраженіе были-бы заявлены, если-бы правительство кантона Солотурна, а не междукантональный приготовительный комитетъ гэйской желѣзной дороги, заключило договоръ съ центральной желѣзной дорогой. Проведеніе желѣзной дороги имѣетъ громадное *имущественное* значеніе для тѣхъ мѣстностей, чрезъ которыя она пройдетъ, такъ что договоръ о сооруженіи подобнаго пути, будь онъ только заключенъ надлежащимъ лицомъ, т. е., правительствомъ, призваннымъ представлять общественный интересъ, то договоръ не могъ-бы подвергнуться спору по недостатку въ немъ правомъ признаннаго имущественнаго инте-

реса (vermögensrechtlichen Interesses). Отвѣтчикъ не споритъ и противъ того, что относительно договоровъ, заключаемыхъ государственной властью, нѣтъ надобности вовсе въ интересѣ имущественномъ, достаточно однихъ общественныхъ интересовъ, какого-бы рода они ни были, чтобы дать юридическое значенiе договорамъ, заключеннымъ государственной властью. Отвѣтчикъ основываетъ свой споръ противъ обязательной силы совершеннаго имъ съ истцомъ договора не на соображенiи о содержанiи или цѣли догора, но на соображенiи о *лицѣ*. «Для защиты общественнаго интереса, говоритъ отвѣтчикъ, призваны общественные органы, а не частныя лица». Для него рѣшающее значенiе поэтому имѣетъ не то, что преслѣдуемые комитетомъ интересы не имѣютъ имущественнаго значенiя, но то, что они не составляютъ личнаго интереса для комитета, напротивъ того являются, интересами, для него чуждыми, будучи, точно говоря, интересами общественными.

Чтобы судить о возраженiи, которое отвѣтчикъ предъявляетъ на этомъ основанiи, необходимо разрѣшить два теоретическихъ вопроса:

1) Можно-ли путемъ договора осуществлять чужой интересъ (§ 17)?

2) Въ случаѣ утвердительнаго разрѣшенiя перваго вопроса не слѣдуетъ-ли сдѣлать исключенiя для интересовъ общественныхъ (§ 18)?

Разрѣшивъ поставленные вопросы, мы сдѣлаемъ отсюда:

3) Примѣненiе къ настоящету дѣлу (§ 19).

1. МОЖНО-ЛИ ПУТЕМЪ ДОГОВОРА ОСУЩЕСТВЛЯТЬ ЧУЖОЙ ИНТЕРЕСЪ.

§ 17.

Относительно этого вопроса мы должны строго различать двѣ формы для совершенiя договора въ интересѣ третьихъ лицъ, которыя, въ ущербъ ясности, совершенно спутаны въ изложенiи противной стороны:

1) Заключенный договоръ составленъ въ интересѣ третьяго лица на *имя этого лица, посторонняго* (auf fremden Namen).

2) Такой договоръ составленъ на *свое имя*.

Относительно первой формы примѣнимы, и только для нея примѣнимы, приведенныя противной стороной въ ея соображенiяхъ,

на правѣ основанныхъ, положенія римскаго права, въ силу которыхъ изъ такого договора ни для совершившаго договоръ, ни для третьяго лица не возникаетъ иска. Мы можемъ здѣсь не входить въ разборъ того, насколько позднѣйшее римское право уклонилось отъ этого основнаго положенія, изъ котораго въ древнемъ не допускалось вовсе исключенія, потому что въ настоящемъ дѣлѣ нѣтъ мѣста для примѣненія этого положенія, ибо междукантональный комитетъ, какъ указано было выше (стр. 28-я), составилъ договоръ съ отвѣтчикомъ на *свое* имя.

Допуская то мнѣніе, что по римскому праву нельзя было заключить въ интересѣ посторонняго договоръ въ *такомъ* порядкѣ,— мы станемъ въ противорѣчіе съ наиболѣе извѣстными обстоятельствами, приводимыми въ источникахъ римскаго права. Каждый адстипуляторъ, каждый прокураторъ заключали въ Римѣ договоръ въ интересѣ своего довѣрителя; весь институтъ прокуратуры у римлянъ сталъ-бы невозможенъ, если подобное обстоятельство могло-бы помѣшать дѣйствительности договора, каждый отвѣтчикъ могъ-бы возразить прокуратору, что онъ дѣйствовалъ не въ своемъ, но въ чужомъ интересѣ. Въ дѣйствительности довольно было простаго заключенія договора отъ лица прокуратора для пріобрѣтенія имъ права на искъ; съ какой цѣлью имъ былъ заключенъ договоръ, въ свою-ли пользу, или въ пользу своего довѣрителя, на основаніи-ли довѣренности, или безъ нея, какое долженъ онъ сдѣлать употребленіе изъ предмета иска—все это касалось исключительно отношеній прокуратора къ его довѣрителю и вовсе не должно было тревожить отвѣтчика. Никакой перемѣны сюда не вносило и то обстоятельство, что всѣ эти отношенія были очень хорошо извѣстны другой сторонѣ при заключеніи договора, быть можетъ, даже самъ прокураторъ указалъ на нихъ,—рѣшающее значеніе имѣла одна лишь *форма* совершенія договора *на собственное* лицо. Я нахожу возможнымъ сослаться въ этомъ отношеніи на вышеизложенный разборъ внутренней и внѣшней правоспособности (Rechtsstellung) комитета (§ 6. 7).

Наше современное право, какъ извѣстно, пошло еще далѣе въ допущеніи договоровъ въ пользу третьихъ лицъ, дозволивъ заключать договоры *отъ имени* довѣрителя, т. е., оно ввело *прямое представительство*. Но чрезъ это, какъ было замѣчено ранѣе, посредственное представительство не было отмѣнено и не сдѣла-

лось безполезнымъ. Признавая, что такая форма продолжаетъ сохранять дѣйствительное значеніе, нельзя допустить, что договоры могутъ быть заключаемы лишь въ одномъ только собственномъ интересѣ.

Попытаемся однако отказаться на время отъ отношенія представительства и посмотримъ, куда приведетъ насъ такое положеніе: каждый можетъ заключать договоры только въ своемъ собственномъ интересѣ.

Интересъ въ договорѣ указываетъ на его предназначеніе оказать пользу извѣстному лицу.

Смотря по тому, предназначается-ли договоръ для самаго договаривающагося, или для лица посторонняго, договоръ будетъ совершенъ или въ собственномъ интересѣ, или въ интересѣ третьяго лица. Кто-либо покупаетъ скрипку для своихъ племянниковъ; въ правѣ-ли онъ ее требовать? По мнѣнію противной стороны,— нѣтъ, не можетъ, ибо онъ ее не для себя купилъ. Отдающій въ наемъ, не будучи обязанъ привести помѣщеніе въ болѣе исправное положеніе, но, по особому расположенію къ нанимателю, рѣшается на это, заключаетъ съ рабочими къ этому направленные договоры; имѣютъ-ли они обязательную силу? Нѣтъ, потому что не хозяинъ дома, но наниматель квартиры воспользуется сдѣланными улучшеніями. Согласно съ этимъ всѣ договоры, безвозмездно предназначенные въ пользу третьихъ лицъ, были-бы недѣйствительны и не было-бы болѣе ни одного несомнѣннаго договора. Каждый, кто потребуетъ его исполненія, долженъ быть готовъ къ тому, что его обяжутъ представить доказательство собственнаго интереса въ договорѣ. Пользующійся хорошимъ зрѣніемъ долженъ будетъ доказать, для чего онъ купилъ себѣ очки; имѣющій густые волосы,—почему онъ пріобрѣлъ парикъ. Или, ставя дѣло правильнѣе, мы должны признать, что если истецъ лично не имѣетъ никакого интереса относительно выполненія договора, то слѣдуетъ поэтому отвести предъявляемый имъ искъ. Здѣсь только неприкрытый эгоизмъ получилъ-бы предъ правомъ пощаду, а всякое дѣйствіе для другаго подверлось-бы гоненію со стороны права, и даже эгоизмъ, чтобы достичь своего права, долженъ-бы сначала дать себя провѣрить, не измѣнилъ-ли онъ какъ нибудь себѣ и не проявилъ-ли дѣятельности на чужую пользу.

Въ дѣйствительности подобное введеніе вопроса о предназначеніи договора въ кругъ судебнаго изслѣдованія совершенно чуж-

до праву, и особенно въ римскомъ правѣ никому не предлагается вопросъ объ интересѣ, если только договоръ дѣйствителенъ,—одного заключенія договора уже достаточно, какъ доказательства интереса.

Я сказалъ, если только договоръ дѣйствителенъ. Настоящее замѣчаніе отношу я къ приведеннымъ выше (стр. 72 и 82) договорамъ, которые, смотря по тому, подвергается-ли договаривающаяся сторона отъ ихъ неисполненія лишеніямъ или нѣтъ,—становятся исковыми или не получаютъ защиты на судѣ, которые, слѣдовательно, всегда требуютъ указанія на интересъ, хотя-бы такой интересъ, какъ доказано, и не имѣлъ значенія имущественнаго права. Отъ подобныхъ *условно* исковыхъ договоровъ (hipothetisch klagbaren Verträgen) слѣдуетъ отличать *безусловно* исковые (schlechthin klagbaren). Эти послѣдніе не нуждаются *никогда* въ доказательствѣ интереса для *установленія по нимъ требованія* (что должно различать отъ оказавшагося интереса вслѣдствіе *неисполненія*); здѣсь достаточно одного составленія договора, чтобы упрочить за вѣрителемъ право на искъ. Къ числу такихъ договоровъ принадлежатъ всѣ тѣ, которые идутъ на *доставленіе вещей*,—съ вещью всегда связывается интересъ, такъ напр. искъ о возвратѣ отданнаго на основаніи займа, поклажи, ссуды и т. п., или *искъ о передачѣ* на основаніи купли, мѣны. Сюда относится locatio conductio, въ признаваемомъ за ней значеніи по римскому праву, въ ея трехъ видахъ: locatio conductio rei, operarum, operis. Только одинъ этотъ договоръ имѣетъ мѣсто при сужденіи о настоящемъ дѣлѣ. Подобно тому, какъ купившій вещь не обязанъ доказывать, что онъ имѣетъ интересъ въ исполненіи договора, такъ точно не долженъ этого доказывать наниматель жилища, или горничной, или отдавшій съ подряда постройку,—для предъявленія требованія объ исполненіи договора. То обстоятельство, что онъ съ своей стороны обязался къ обратному дѣйствію, служитъ доказательствомъ того, что онъ имѣлъ въ договорѣ интересъ,—этимъ полагается на договоръ клеймо дѣловой основательности.

Такъ точно складывается и настоящее дѣло. Подобно тому, какъ не обязано желѣзнодорожное общество, сдавая по договору подрядчику сооруженіе паровознаго пути, сначала представить удостовѣреніе о своемъ интересѣ, такъ точно и истецъ не обязанъ это удостовѣрять относительно договора, заключеннаго съ отвѣтчикомъ.

Я не могу понять, какое различіе можетъ произойти отъ того, что отдѣльное лицо, государственная власть или комитетъ совершатъ договоръ купли,—что они станутъ вѣрителями по займу и заключатъ соглашеніе о сооруженіи желѣзной дороги. Говорятъ, комитетъ совершилъ это не ради себя, поэтому договоръ недѣйствителенъ, въ такомъ случаѣ каждый, заключившій договоръ хотя-бы на свое имя, но въ интересѣ посторонняго лица, долженъ ожидать подобное же возраженіе,—вощикъ со стороны отправителя, коммиссіонеръ со стороны продавца или покупщика и т. д. Никогда не бываетъ достаточно одного только договора, но истецъ всегда обязанъ сначала представить удостовѣреніе въ томъ, заключилъ-ли онъ такой договоръ въ своемъ интересѣ. Съ этимъ вмѣстѣ было-бы отмѣнено не только господствующее въ нашемъ торговомъ мірѣ основное начало личнаго усмотрѣнія, но разрушалась-бы всякая обезпеченность оборота, широко раскрывались-бы ворота самымъ пагубнымъ предразсудкамъ, такъ какъ даже въ своемъ собственномъ интересѣ заключенныхъ договоровъ истецъ долженъ будетъ сначала представить тому доказательства, если противъ этого станутъ спорить. Право сдѣлаетъ такимъ образомъ невозможнымъ какое-бы то ни было представительство чужихъ интересовъ, каждый будетъ имѣть право дѣйствовать только для себя самого.

Я закончу слѣдующимъ положеніемъ: actio locati, предъявленная съ цѣлію привести въ исполненіе договоръ подряда—locatio conductio operis,—при указаніи на ея основаніе такъ-же мало нуждается въ доказательствѣ интереса, какъ actio empti, предъявленная для выполненія договора купли—продажи. Вопросъ о томъ, въ чьемъ интересѣ заключены оба договора вовсе не подлежитъ разсмотрѣнію суда. Судья, признавъ договоръ правильно составленнымъ, долженъ ограничиться однимъ только присужденіемъ отвѣтчика къ его исполненію.

2. МОГУТЪ-ЛИ ИМѢТЬ ТѢ ИНТЕРЕСЫ, ДЛЯ ДОСТИЖЕНІЯ КОТОРЫХЪ ЗАКЛЮЧЕНЪ ДОГОВОРЪ, ЗНАЧЕНІЕ ИНТЕРЕСОВЪ ОБЩЕСТВЕННЫХЪ?

§ 18.

Если сейчасъ мной изложенное вѣрно относительно того, что истецъ въ правѣ требовать исполненія по обязательствамъ, раз-

сматриваемаго выше порядка, не давая никакихъ объясненій о томъ, для него-ли, или для другаго они предназначаются, въ такомъ случаѣ предназначеніе договора (die Zweckbestimmung des Vertrages) имѣетъ значеніе только *побужденія* (Motiv) на сторонѣ истца, о которомъ онъ въ правѣ отказаться дать отвѣтчику разъясненіе, и трудно себѣ представить, какое можетъ здѣсь имѣть вліяніе то обстоятельство, что предполагаемое назначеніе договора состоитъ въ достиженіи общеполезной или государственной цѣли. Назначеніе договора совершенно не касается составленнаго договора, договоръ купли-продажи остается договоромъ купли-продажи, хотя предметомъ его является военный корабль, который покупщикъ предполагаетъ отдать въ распоряженіе государственной власти. На основаніи ученія противной стороны, строитель корабля, взявшійся его построить, имѣлъ-бы право возразить истцу: военный корабль не имѣетъ никакого интереса для частнаго лица.

Мы коснемся еще одного возраженія противной стороны, чтобы не навлечь на себя упрека въ томъ, что мы прошли его молчаніемъ.

Изъ того, что «для охраны общественнаго интереса учреждаются общественные органы», вовсе не слѣдуетъ, что всякое содѣйствіе частныхъ лицъ, корпорацій, союзовъ, направленныхъ къ достиженію подобныхъ-же цѣлей, должно быть исключено, наоборотъ, государственная власть имѣетъ многія причины къ тому, чтобы вызывать такое содѣйствіе. Надо умышленно закрывать глаза, чтобы не видѣть, до какой степени наше современное государство, направленное въ своемъ стремленіи къ общему благу, находитъ поддержку въ дѣятельности союзовъ, какимъ образомъ они, если не вполнѣ принимаютъ на себя нѣкоторыя его задачи, то значительно ихъ облегчаютъ. Неужели государство при возникновеніи попечительнаго союза должно воскликнуть: нѣтъ, «заботы о бѣдныхъ лежатъ на мнѣ или на общинѣ, что вамъ, частныя лица, за дѣло о нихъ тревожиться»? Достаточно посвятить поверхностное вниманіе на развитіе нашего государственнаго управленія въ теченіи послѣднихъ столѣтій, чтобы увидѣть, что цѣлый рядъ общественныхъ задачъ, нынѣ перешедшихъ въ руки государства, достигались первоначально путемъ свободныхъ ассоціацій: преподаваніе совершалось школьными союзами (Schulverbände), призрѣніе бѣдныхъ—союзами о бѣдныхъ (Armenverein), постройка дорогъ, возведеніе плотинъ и т. п. совершались частными учрежденіями.

Неужели право должно было наложить запретъ на всѣ подобныя стремленія, столь дѣйствительныя для общественнаго развитія и должно было сказать частнымъ лицамъ, которыя посвящали свое время, трудъ и деньги на общеполезныя цѣли: заботьтесь о своихъ, а не объ общественныхъ дѣлахъ?

До сихъ поръ я тщетно озирался на такое право, гдѣ-бы содержалось подобное правило, и не легко могъ-бы его открыть самъ отвѣтчикъ. Во всякомъ случаѣ, онъ долженъ его искать не въ римскомъ правѣ, отъ котораго онъ ожидаетъ такъ много въ пользу своего дѣла. Ибо оно далеко не стало во враждебное положеніе относительно свободнаго развитія чувствъ общественности (Gemeinsinn), напротивъ того, римское право, какъ мы это доказали выше рядомъ приведенныхъ примѣровъ (стр. 57—60), оказываетъ ему содѣйствіе и защиту въ такихъ размѣрахъ, которые далеко превосходятъ нашу современную мѣру.

Обращаясь къ настоящему дѣлу, спросимъ мы: знаетъ-ли римское право подобное правило, которое отрицало-бы дѣйствительность договора, заключеннаго для общеполезной или общественной цѣли, на томъ основаніи, что онъ заключенъ съ этой именно цѣлью? Извѣстно, что нерѣдко въ Римѣ чувство общественности проявлялось въ сооруженіи публичныхъ зданій, храмовъ, цирковъ, театровъ, памятниковъ и т. д. Предположимъ, что кто-либо изъ римскихъ вельможъ,—черты широкой, общеполезной щедрости которыхъ сохранила исторія,—отдалъ-бы, какъ это обыкновенно дѣлалось въ Римѣ, по договору подряда (locatio conductio operis) всю постройку отдѣльному подрядчику или строительному обществу, и былъ-бы вынужденъ предъявить искъ,—какъ римскій преторъ или судья допустилъ-бы отвѣтчика до возраженія, что истецъ заключилъ договоръ не въ собственномъ интересѣ, но въ интересѣ общественномъ? Во время войны случалось въ Римѣ, что богатыя частныя лица или общества (напримѣръ, общество государственныхъ откупщиковъ) снаряжали военныя суда и отдавали ихъ въ распоряженіе государства. Здѣсь цѣль преступала предѣлы просто *общеполезной* дѣятельности и возвышалась въ область *государственныхъ задачъ.*

Почему у насъ должно быть иначе? Я не знаю ни одного положенія права, которое измѣнило-бы въ этомъ отношеніи римское право. Нигдѣ не было отмѣнено въ ущербъ общеполезному назначенію то положеніе права, что для безусловно исковыхъ договоровъ

(schlechthin klagbaren Verträgen стр. 96) принимается во вниманіе не ихъ назначеніе, но исключительно порядокъ заключенія договора, и современная наша жизнь знаетъ безчисленное множество случаевъ, гдѣ заключаются договоры съ общеполезной цѣлью. Вмѣсто ихъ перечня я приведу слѣдующій примѣръ. Союзъ объ украшеніяхъ (Verschönerungsverein) заключаетъ съ садовникомъ договоръ о разведеніи общественнаго сада (locatio conductio operis),—съ продавцомъ желѣзныхъ принадлежностей договоръ о доставкѣ садовыхъ скамѣекъ (emptio venditio),—съ банкиромъ договоръ о принятіи на проценты поступающихъ взносовъ (mutuum). Неужели сыщется такой судья, который, въ случаѣ предъявленія по необходимости союзомъ иска противъ названныхъ лицъ, не приметъ искъ на томъ основаніи, что союзъ заключилъ договоры не въ собственномъ, но въ общественномъ интересѣ, для охраны котораго существуютъ особые органы?

3. ПРИМѢНЕНІЕ КЪ НАСТОЯЩЕМУ СПОРНОМУ ОТНОШЕНІЮ.

§ 19.

Не знаю, долженъ-ли я доказать полную тождественность настоящаго дѣла съ только-что разсмотрѣннымъ? Оба дѣла представляютъ договоръ подряда, locatio operis, заключенный союзомъ или комитетомъ въ интересѣ общественномъ. [1]) Въ обоихъ дѣлахъ комитетъ заключилъ договоръ на собственное имя. Слѣдовательно, от-

[1]) Ибо хотя междукантональный комитетъ и обязался къ совершенію такого рода обратныхъ дѣйствій, которыя складываются изъ разнообразныхъ отдѣльныхъ дѣяній (уступка разрѣшенной концессіи и исходатайствованіе правительственнаго на эту уступку утвержденія, ст. 2. Общее пользованіе станціей желѣзной дороги въ Солотурнѣ, соединеніе вассерфаленской желѣзной дороги съ гэйской, ст. 3. Образованіе трети строительнаго капитала, ст. 4. Предварительная уступка гэйской желѣзной дороги, ст. 11, и многое другое), тѣмъ не менѣе такое своеобразное опредѣленіе обратнаго дѣйствія не въ состояніи измѣнить значеніе главнаго дѣянія и соотвѣтствующее ему опредѣленіе договора, какъ договора подряда—locatio conductio operis. Для нашего современнаго права не имѣетъ никакого значенія, какого рода искъ принялъ-бы для настоящаго случая римскій юристъ, далъ-ли бы онъ здѣсь actio locati, или призналъ-ли бы онъ возможнымъ actio praescriptis verbis.

сюда возникаетъ право не для третьяго лица, вслѣдствіе что противъ истца могло-бы быть выставлено правило, которое отвѣтчикъ заимствуетъ изъ l. 6. C. Si quis alteri (4. 50): actionem nec tibi nec illi quaesisti, dum tibi non vis, nec illi potes. Потому что въ настоящемъ дѣлѣ не находится то условіе, съ которымъ связано приведенное правило: si ab initio negotium uxoris gerens comparasti n o m i n e i p s i u s: комитетъ гэйской желѣзной дороги заключилъ договоръ *для самаго себя* (für sich selber). Преслѣдовалъ-ли онъ при этомъ свой собственный, или общественный интересъ,— это, какъ доказано выше, не имѣетъ никакого вліянія на дѣйствительность такого договора.

Одно лишь обстоятельство могло-бы вызвать въ настоящемъ отношеніи сомнѣніе. Желѣзная дорога не должна быть передана истцу, какъ это слѣдовало-бы при обыкновенномъ договорѣ подряда—locatio conductio operis, но она остается во владѣніи и пользованіи отвѣтчика. По моему мнѣнію, эта особенность въ договорѣ не имѣетъ никакого значенія для его дѣйствительности. Договоръ подряда вовсе не требуетъ того, чтобы предметъ его поступилъ на правѣ собственности къ подрядившему или чтобы право собственности было на него перенесено. Въ вышеприведенномъ примѣрѣ союзъ объ украшеніи составляетъ договоръ о разведеніи сада на общественной землѣ, но никто не станетъ поэтому отрицать за договоромъ, который онъ заключилъ съ садовникомъ, значенія договора подряда—locatio conductio operis. Община или желѣзнодорожное общество заключаетъ договоръ съ газовымъ заводомъ объ освѣщеніи города или станціи желѣзной дороги, будетъ-ли договоръ, оттого что газовый заводъ самъ владѣетъ воздвигаемымъ здѣсь сооруженіемъ, менѣе подходитъ-ли къ locatio conductio operis? Совершенно то же самое происходитъ въ настоящемъ случаѣ. Отвѣтчикъ обязанъ соорудить желѣзную дорогу и содержать на ней движеніе, точно такъ-же, какъ газовый заводъ относительно газоваго освѣщенія.

Сводя теперь къ общему заключенію все предшествующее изложеніе, помѣщенное во II отдѣлѣ (интересъ и право § 9—19), мое юридическое воззрѣніе клонится къ тому, что, доказавъ въ I отдѣлѣ (право и процессуальная способность истца § 3—8):

1) Комитетъ въ правѣ заключать договоры на свое имя и предъявлять на этомъ основаніи иски.

2) Комитетъ гэйской желѣзной дороги *заключилъ* договоръ съ отвѣтчикомъ на собственное имя и на этомъ основаніи получилъ право на искъ.

Противъ такого иска не можетъ быть предъявлено ни возраженіе о недостаткѣ *личнаго* интереса, ни о недостаткѣ *имущественнаго* интереса.



V.

Непреодолимая сила не освобождаетъ отъ обязательства.

1. ОСНОВАНІЯ ПРОТИВНОЙ СТОРОНЫ.

§ 20.

Договоръ отъ 16/18 февраля 1873 года опредѣляетъ въ ст. 17: «Эти желѣзныя дороги, *кромѣ дѣйствія непреодолимой силы*, должны быть въ теченіи пяти лѣтъ, считая отъ выдачи концессіи союзомъ, окончены и открыты для правильнаго на нихъ движенія».

Гейслеръ въ составленномъ имъ мнѣніи (Gutachten) находитъ возможнымъ на основаніи сдѣланной оговорки о дѣйствіи непреодолимой силы поддерживать такой взглядъ, что отвѣтчикъ въ правѣ откладывать сооруженіе дороги до тѣхъ поръ, пока не наступятъ благопріятныя отношенія на денежномъ рынкѣ. «Необходимо принять, говоритъ онъ, что настоящій финансовый кризисъ (1875 г.), который ни коимъ образомъ не могъ быть предусмотрѣнъ при заключеніи договора,—является какъ непреодолимая сила, дающая право центральной желѣзной дорогѣ отложить на болѣе благоприятное время свое обязательство».

Отвѣтчикъ захотѣлъ ближе утвердить эту точку зрѣнія фактическими данными. Съ этой цѣлью приводитъ онъ различные случаи, которые должны послужить доказательствомъ невыгодныхъ послѣдствій финансоваго кризиса 1873 года на кредитное положеніе швейцарскихъ желѣзнодорожныхъ обществъ и трудности для нихъ заключить необходимый заемъ. Центральная желѣзная дорога, говоритъ онъ, не знала, гдѣ и какъ могла она достать при настоя-

щихъ отношеніяхъ нужныя ей деньги.... во всякомъ случаѣ деньги могли быть получены только за ростовщическіе проценты. Особенность настоящаго кризиса заключается въ томъ, что онъ охватилъ всѣхъ, а не отдѣльнаго только дѣльца или капиталиста, но самыя большія, пользующіяся широкимъ кредитомъ акціонерныя компаніи, даже политическія корпораціи: напр. такія общества, какъ городъ. Поэтому невозможность достать нужныя денежныя средства для сооруженія предположенныхъ желѣзнодорожныхъ линій не кроется въ *индивидуальныхъ* отношеніяхъ центральной желѣзной дороги, но въ *общемъ* положеніи денежнаго рынка, въ особенности же—швейцарскаго. Хотя распространеніе на эти отношенія понятія непреодолимой силы противорѣчитъ обыденному представленію, но въ настоящемъ дѣлѣ оно оправдывается на томъ основаніи, что договоръ *прямо* исключаетъ непреодолимую силу. Въ этомъ не было-бы надобности, если-бы выраженіе «непреодолимая сила» здѣсь принималось въ обыкновенномъ значеніи, ибо вліяніе ея, принятое въ такомъ значеніи, само собой слѣдуетъ по закону, а поэтому незачѣмъ было-бы о ней говорить еще особенно. Но не имѣя права думать, что стороны хотѣли въ употребленныхъ ими выраженіяхъ сказать что-либо лишнее, мы должны принять въ основаніе такой смыслъ, гдѣ договаривающіеся высказываютъ то, что дѣйствительно нуждается въ прямомъ опредѣленіи. Къ этому должно напомнить, что при сомнѣніи словесный смыслъ истолковывается въ пользу обязанной стороны.

2. РАЗБОРЪ.

§ 21.

Мы не имѣемъ никакого основанія сомнѣваться въ вѣрности сдѣланнаго отвѣтчикомъ очерка знаменательнаго воздѣйствія, оказаннаго послѣднимъ финансовымъ кризисомъ на швейцарскій денежный рынокъ или на положеніе швейцарскихъ желѣзныхъ дорогъ, и мы вполнѣ полагаемся на увѣренія отвѣтчика и Гейслера о потеряхъ, которыя, по ихъ предсказанію, должны наступить для акціонеровъ общества центральной желѣзной дороги, если оно начнетъ строить гэйскую желѣзную дорогу. Совершенно можетъ быть справедливо то, что утверждаетъ Гейслеръ о потеряхъ, сопряженныхъ съ сооруженіемъ гэйской желѣзной дороги при настоящихъ и да-

леко не вознаграждаемыхъ ожидаемыми здѣсь доходами. Но судья не въ правѣ руководствоваться всѣми этими соображеніями, которыя могутъ его скорѣе увлечь съ несомнѣннаго пути права, разъ для него неуклонно предначертаннаго, въ такую область, гдѣ онъ подвергается опасности, вмѣсто справедливости, которую онъ думаетъ найти, попасть въ руки произвола. Государственная власть должна взвѣсить, въ состояніи-ли она и какимъ образомъ можетъ облегчить стѣсненное положеніе, вызванное финансовымъ кризисомъ 1873 года. Предъ такимъ положеніемъ судья стоитъ безпомощенъ,—ему не остается ничего болѣе, как примѣнить однажды дѣйствующія правила права, не справляясь съ тѣмъ, насколько будутъ жестки происходящія отсюда послѣдствія.

Становясь на эту точку зрѣнія и устраняя, какъ совершенно чуждый, при исключительно юридическомъ сужденіи по настоящему спорному дѣлу, вопросъ о томъ, какія послѣдствія могутъ быть связаны съ приведеніемъ договора въ исполненіе для отдаленныхъ кружковъ лицъ,—я примѣняю къ предлежащему отношенію исключительно только признанныя правила права.

Можетъ-ли съ точки зрѣнія права финансовый кризисъ 1873 г. быть отнесенъ къ понятію непреодолимой силы? Припомнивъ, какія послѣдствія связаны съ утвердительнымъ рѣшеніемъ этого вопроса, намъ станетъ ясно, какъ онъ долженъ быть разрѣшенъ. Каждый должникъ могъ-бы уклониться отъ обращеннаго къ нему требованія объ уплатѣ долга посредствомъ такого возраженія: я не имѣю возможности достать денегъ. Не одинъ только заемщикъ, но покупщикъ и наниматель, которые не могутъ уплатить цѣну и наемную плату, и не только они одни, но всякій, обязавшійся къ совершенію дѣйствія, для выполненія котораго онъ нуждается въ деньгахъ,—подрядчикъ на строеніе, сапожникъ, портной, которые не могутъ достать ни за наличныя деньги, ни въ кредитъ строительный матеріалъ, кожу, сукно, короче говоря, всѣ они могли-бы уклониться отъ исполненія своихъ обязательствъ, произнеся одно только слово: финансовый кризисъ,—мы не имѣли возможности достать денегъ. Вѣдь финансовый кризисъ охватываетъ не только тѣхъ, которые, какъ въ настоящемъ дѣлѣ отвѣтчики, нуждаются въ милліонахъ для удовлетворенія по своимъ обязательствамъ, но также и тѣхъ, которые нуждаются въ тысячѣ и даже въ сотнѣ. Если нелегко достать милліоны, нелегко также достать тысячи и

сотни. Но все-таки они могутъ быть добыты, хотя съ трудомъ. Самъ отвѣтчикъ признаетъ, что онъ могъ-бы достать необходимыя средства на сооруженіе желѣзной дороги за «ростовщическіе проценты». Какое можетъ имѣть значеніе въ правѣ то, что несостоятельный человѣкъ становится въ необходимость для удовлетворенія своихъ обязательствъ розыскивать деньги за ростовщическіе проценты или распродать по крайне дешевой цѣнѣ свою движимость, или что въ подобную же крайность впадаетъ акціонерное общество, распоряжающееся милліонами? Стѣсненное положеніе охватываетъ всѣхъ; оно имѣетъ значеніе бѣдствія, но бѣдствіе не есть еще непреодолимая сила (vis major).

Настоящее дѣло есть первый случай въ моей жизни, гдѣ я нахожу понятіе непреодолимой силы, стоящее въ связи съ *деньгами.* Я никогда еще не слышалъ, чтобы деньги, въ которыхъ оказывается *надобность,* могли быть предметомъ vis major. Подобно всякой вещи, деньги могутъ также подвергнуться дѣйствію непреодолимой силы, но только деньги, которыя *имѣешь*, т. е., *эти опредѣленные денежные знаки,* но не тѣ, которые *отыскиваются*, т. е., деньги in abstracto. Подобно тому, какъ не примѣняется относительно послѣдняго дѣйствіе случая (casus), также точно не примѣняется и понятіе непреодолимой силы (vis major), которое является частной особенностью въ понятіи о случаѣ, о чемъ здѣсь мы подробно говорить не намѣрены. Если-бы къ понятію непреодолимой силы стали относить затрудненія въ добываніи денегъ, происходящія не только вслѣдствіе частныхъ, но также вслѣдствіе общихъ отношеній, въ такомъ случаѣ то-же самое слѣдовало-бы примѣнить также относительно всѣхъ другихъ вещей, и неурожай въ Бразиліи или на островѣ Явѣ получилъ-бы значеніе непреодолимой силы для торговли кофе, болѣзнь скота — для торга скотомъ, виноградный червь—для виноторговли; каждый, заключившій договоръ, могъ-бы уклониться отъ его исполненія, ссылаясь на неблагопріятныя обстоятельства.

Римскій юристъ очень мѣтко охарактеризовалъ въ слѣдующихъ выраженіяхъ то вліяніе, которое подобныя обстоятельства оказываютъ на способность должника къ исполненію своихъ обязательствъ:

Haec recedunt ab impedimento naturali et respiciunt ad facultatem dandi, l. 137 § 4 de V. O. (45. 1).

Онъ ставитъ вопросъ, въ правѣ-ли должникъ, не имѣвшій возможности достать денегъ, требовать отсрочки, — точно такъ случилось въ настоящемъ дѣлѣ,—и даетъ на это вышеприведенный отвѣтъ, съ которымъ онъ связываетъ практическій выводъ:

Est autem facultas personae commodum incommodumque, non rerum, quae promittuntur.

Римскій юристъ основываетъ это положеніе такимъ-же точно способомъ, какъ мы это сдѣлали выше; онъ указываетъ, къ какимъ послѣдствіямъ для торговаго оборота приведетъ принятіе противоположнаго мнѣнія, и заключаетъ свое изслѣдованіе словами:

Et generaliter causa difficultatis ad incommodum promissoris, non ad impedimentum stipulatoris pertinet..

Если по общему правилу трудность исполненія не освобождаетъ должника, то какое можетъ имѣть значеніе, происходитъ-ли затрудненіе, о которомъ говоритъ юристъ, при добываніи денегъ и вещей отъ причинъ личныхъ или общихъ,—мѣстныхъ для извѣстнаго ограниченнаго округа, или для всей страны, или даже для всемірнаго денежнаго рынка? Только долго продолжающаяся *невозможность* совершить дѣйствіе освобождаетъ должника, преходящая-же невозможность служитъ ему лишь оправданіемъ. Въ настоящемъ-же дѣлѣ не можетъ быть рѣчи о невозможности, здѣсь все ограничивается одной *трудностью* достать нужныя для сооруженія желѣзной дороги денежныя средства; въ этомъ-же отношеніи примѣняется правило: causa difficultatis ad incommodum promissoris, non ad impedimentum stipulatoris pertinet.

Если понятіе непреодолимой силы не находитъ вообще приложенія къ отношеніямъ приведеннаго рода, то вмѣстѣ съ этимъ падаетъ тотъ доводъ, который отвѣтчикъ основываетъ на прямомъ указаніи въ договорѣ непреодолимой силы, чтобы вывести отсюда еще болѣе широкое объясненіе этого понятія. Соображеніе о безполезности условленныхъ договорныхъ опредѣленій не можетъ придать словамъ смыслъ, котораго они не имѣютъ и имѣть не могутъ, оно примѣняется при толкованіи такихъ только постановленій, которыя допускаютъ двоякій, но не одинъ только смыслъ. Образцы нотаріальныхъ актовъ для договора купли или аренды земель свидѣтельствуютъ о томъ, до какой степени мало имѣетъ значенія то обстоятельство, что предусмотрѣнныя въ законѣ опредѣленія снова прямо повторяются въ договорѣ. Слѣдуя мнѣнію

отвѣтчика, эти образцы нотаріальныхъ актовъ, возникшіе изъ стремленія достигнуть возможной ясности, опредѣленности, точности, должны привести къ прямо обратному противъ того, что они имѣютъ въ виду,—превратить въ *неточное* тѣ статьи договоровъ, которыя они должны-бы *точно опредѣлить*, допуская по каждой изъ нихъ возраженія о томъ, что обязавшійся чрезъ повтореніе законныхъ опредѣленій хотѣлъ сказать *не* то, что въ законѣ *установлено*.

Что касается ссылки отвѣтчика на извѣстное правило, по которому въ случаѣ *сомнѣнія* въ истолкованіяхъ договора слѣдуетъ держаться смысла, наиболѣе благопріятнаго для обязавшагося, то противъ этого должно возразить, что здѣсь нѣтъ требуемаго для примѣненія этого правила основанія, нѣтъ случая «сомнѣнія», дѣло идетъ о смыслѣ не сомнительнаго, но вполнѣ несомнѣннаго выраженія.

На этомъ основаніи третій предложенный мнѣ вопросъ:

Могутъ-ли приведенныя въ защитѣ центральной желѣзной дороги основанія, при ссылкѣ на дѣйствіе непреодолимой силы, быть признаны достаточными, чтобы принять во вниманіе сдѣланную ссылку,—долженъ быть разрѣшенъ отрицательно.



VI.

Исковое требованіе
(DAS KLAGBEGEHREN).

ВОЗМОЖНО-ЛИ ЕЩЕ ПО ВРЕМЕНИ ИСКОВОЕ ТРЕБОВАНІЕ ОБЪ ИСПОЛНЕНІИ ДОГОВОРА, СТАЛО-ЛИ ОНО УЖЕ ВОЗМОЖНО?

§ 22.

Хотя ко мнѣ не обращались съ просьбой высказать мой взглядъ, какъ юриста, на эти вопросы, но я воспользуюсь тѣмъ, что отвѣтчикъ возбудилъ ихъ и далъ на нихъ отрицательный отвѣтъ, чтобы сказать по этому поводу нѣсколько словъ.

Отвѣтчикъ думаетъ, что такъ какъ сооруженіе желѣзной дороги не можетъ быть окончено къ указанному въ договорѣ сроку (23 сент. 1878 года), и что поэтому исполненіе договора стало *невозможно*, слѣдовательно истцу остается требовать вознагражденія убытковъ, а не исполненія договора.

Если-бы такое воззрѣніе было правильно, стоило-бы должнику только пропустить срокъ исполненія, и требованіе вѣрителя на совершеніе дѣйствительнаго исполненія (Realleistung) устранялось-бы и превращалось-бы въ требованіе вознагражденія убытковъ (Interessenforderung), которое, какъ извѣстно, сопряжено съ большими трудностями. На самомъ дѣлѣ просрочка со стороны должника даетъ право *вѣрителю* отклонить дѣйствительное исполненіе, потерявшее для него значеніе, но никогда не даетъ права *должнику* отказываться отъ исполненія, когда вѣритель все таки этого требуетъ. Излишне тратить слова на то, чтобы сказать, что въ настоящемъ дѣлѣ исполненіе *не стало* еще невозможнымъ. Оно сдѣлалось невозможнымъ къ опредѣленному *сроку*, но не относительно его совершенія вообще. Ничто не мѣшаетъ поэтому истцу предъ-

явить *первое* свое исковое требованіе объ исполненіи договора, ибо такое исполненіе договора по времени *еще* возможно.

Но сдѣлалось-ли исполненіе договора *уже* возможно? Отвѣтчикъ противъ этого возражаетъ, такъ какъ окончаніе сооруженія дороги можетъ быть потребовано лишь къ 23 сент. 1878 года. Только по наступленіи этого дня требованіе истца о совершеніи дѣйствительнаго исполненія становится исковымъ; до того времени истецъ въ правѣ былъ предъявить свое предложеніе только для признанія соотвѣтствующихъ обязательствъ.

Если настоящее дѣло должно было-бы рѣшить на основаніи положеній римскаго права, въ такомъ случаѣ отвѣтчикъ могъ-бы привести въ пользу своего возраженія слѣдующія изрѣченія римскихъ юристовъ:

l. 14 de V. O. (45. 1). (Pomponius) .... non ante agi posse ex ea causa, quam tempus praeteriisset, quo insula aedificari possit.

l. 98 § 1 idid. (Marcellus) .... nec tamen recte agetur, si nondum praeterierit tempus, quo fulcire (insulam) potuerit redemtor.

l. 124 ibid. (Papinianus). «Insulam intra biennium in loco aedificari spondes?» ante finem biennii stipulatio non comittitur, quamvis reus promittendi non aedificaverit et tantum residui temporis sit, quo aedificium extrui non possit.

Конечно истецъ могъ-бы противопоставить отвѣтчику положеніе, исходящее отъ другаго римскаго юриста, утверждающее прямо противное:

l. 72 § 2 ibid (Ulpianus) Plane si «insulam fulciri» quis stipulatus sit, non est expectandum, ut insula ruat, sic deinde agi possit, nec «insulam fieri», ut tantum temporis praetereat, quanto insula fabricari possit. Sed ubi jam coepit mora faciendae insulae fieri, tunc agetur diesque obligationi cedit.

При такомъ непримиримомъ, не смотря на всѣ дѣлаемыя для этого попытки со временъ глоссаторовъ, насмѣшливомъ противорѣчіи указанныхъ положеній, судья имѣетъ право, въ силу общеизвѣстнаго основнаго правила, рѣшать по своему собственному усмотрѣнію, и я думаю, не трудно будетъ указать, въ какомъ направленіи составится его рѣшеніе.

Выраженное въ первыхъ трехъ приведенныхъ положеніяхъ воззрѣніе является послѣдствіемъ римскаго процесса, которое, по моему мнѣнію, отмѣнено вмѣстѣ съ этимъ процессомъ.

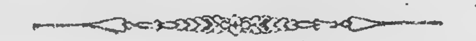
На основаніи римскаго права истецъ долженъ былъ даже относительно obligationes faciendi предъявлять свой искъ на *денежную стоимость* дѣйствія, а не на дѣйствительное ея исполненіе. Отсюда возникло то, что онъ не въ правѣ былъ предъявить имъ ранѣе того, пока не наступитъ срокъ, къ которому дѣйствіе должно-бы быть исполнено; тогда только онъ терялъ ту денежную сумму, которую онъ требовалъ вмѣсто дѣйствительнаго исполненія. Въ самомъ дѣлѣ, поэтому тотъ судья, который приговорилъ-бы ранѣе этого срока отвѣтчика къ уплатѣ денежной суммы,—обязалъ-бы его къ преждевременному дѣянію. Съ точки зрѣнія римскаго процесса ничего не оставалось дѣлать, какъ отвести искъ; но именно то, что это было необходимо, составляетъ въ моихъ глазахъ самое тяжкое обвиненіе противъ римскаго процесса или особенно противъ начала постановленія рѣшенія на деньги, на которомъ онъ держался. Хозяинъ работъ долженъ стоять безпомощно и беззащитно, глядя на то, какъ подрядчикъ, которому онъ сдалъ исполненіе работъ, пропускаетъ назначенный ему для ихъ окончанія срокъ, и спокойно дожидаться, пока не окончится весь срокъ, чтобы тогда только получить нѣчто, о чемъ онъ вовсе не заботился и что ему не доставляетъ никакого удовлетворенія: деньги. Тогда онъ можетъ съизнова заключить договоръ и снова успокоиться въ ожиданіяхъ. Но теперь, умудренный прежнимъ опытомъ, онъ заключитъ и назначитъ опредѣленное время не только для окончанія работъ, но и для ихъ начала, а также для выполненія отдѣльныхъ ихъ частей, и обезпечитъ договорной неустойкой соблюденіе условленнаго. Такъ возникаетъ договорная неустойка,—это необходимое дополненіе къ рѣшенію на деньги въ римскомъ процессѣ. Въ Римѣ, вмѣсто *угрозы денежнаго взысканія* (Strafandrohung), къ которой не имѣлъ права обращаться судья для понужденія къ исполненію, вводится *договорная неустойка* по соглашенію сторонъ. Отъ этого она чрезвычайно часто, мы могли-бы сказать даже обыкновенно, примѣняется у Римлянъ. Юристъ могъ-бы возразить той сторонѣ, которая будетъ жаловаться на несовершенство римскаго судопроизводства, сказавшееся въ вышеприведенныхъ рѣшеніяхъ римскихъ юристовъ: ты самъ виновенъ, почему ты не заключилъ договоръ осмотрительнѣе.

Очевидно, въ этомъ отношеніи Ульпіанъ думалъ иначе, онъ признавалъ основательность требованія стороны о томъ, что судья

долженъ былъ придти къ ней на помощь и помимо договорной неустойки, и допускалъ искъ, находя просрочку не только относительно установленнаго конечнаго срока, но и въ промедленіи приступить къ работамъ (подобно тому и Прокулусъ въ l. 113 de V. O. 45. 1). Правда, если отвѣтчикъ не рѣшался подъ угрозой такого иска приступать къ работамъ, истецъ могъ получить только деньги, какъ вознагражденіе за *замедленное* (l. 137 § 3 ibid.), а не за несостоявшееся вовсе исполненіе, какъ мы видѣли это въ вышеприведенномъ случаѣ, но это уже ставитъ истца въ несравненно болѣе выгодное положеніе оттого, что давало возможность дѣлу разрѣшиться *ранѣе*, а съ этимъ вмѣстѣ развязывались у него руки, чтобы во́ время осмотрѣться для прінсканія другаго предпринимателя.

Съ отмѣной въ нашемъ современномъ судопроизводствѣ рѣшеній исключительно на деньги, устраняется изъ нашего современнаго права послѣдствіе, отсюда производимое римскими юристами, и поддерживавшійся между ними въ этомъ отношеніи споръ утрачиваетъ для насъ всякое значеніе. Признаніе вышеприведенныхъ положеній за дѣйствующее въ практическомъ значеніи право равносильно было-бы примѣненію къ нашему современному договору всѣхъ послѣдовательныхъ заключеній изъ ученія о римской стипуляціи или перенесеніи въ современное право рѣшеній римскихъ юристовъ, основанныхъ на необходимости *прямаго* назначенія наслѣдника. Нашъ современный судья въ правѣ самъ приговорить къ исполненію дѣйствія, и онъ располагаетъ средствами припудить къ ихъ совершенію угрозою денежнаго штрафа или возложивъ исполненіе на лицъ постороннихъ за счетъ отвѣтчика. Отсюда слѣдуетъ, что управомоченный, въ случаѣ замедленія условленной работы при ея начинаніи, можетъ обратиться къ содѣйствію судьи и не обязанъ дожидаться наступленія срока для окончанія работы. Въ противномъ случаѣ признанная нашимъ правомъ въ пользу управомоченнаго защита съ цѣлью *принудитъ* къ дѣйствительному исполненію была-бы совершенно призрачна.

На этомъ основаніи я не могу почесть правильнымъ сдѣланное въ настоящемъ дѣлѣ возраженіе противъ иска на основаніи несвоевременности его предъявленія—plus petitio tempore.



ПРИЛОЖЕНІЯ.

I. ПАССИВНЫЯ ДѢЙСТВІЯ ПРАВЪ

(Passive Wirkungen der Rechte).

II. ЦѢЛЬ ВЪ ПРАВѢ

(der Zweck im Recht).

I.

Пассивныя дѣйствія правъ.

Очеркъ по теоріи права.

1. ОБЩЕЕ ОБОЗРѢНІЕ.

Постепенное развитіе моего труда о «духѣ римскаго права» привело меня въ концѣ послѣдняго появившагося тома (часть III, отдѣлъ 1-й, 1865 годъ) къ задачѣ, значительно превышающей по трудностямъ всѣ прочія, прежде встрѣчавшіяся мнѣ на пути. Она заключается въ начатомъ съ § 59-го общемъ ученіи о правѣ. Сначала я думалъ ограничиться подробнымъ разборомъ и характеристикой историческаго развитія, которое прошло понятіе права въ древнемъ римскомъ гражданскомъ правѣ. Но такая задача дѣлала необходимымъ отыскать общее мѣрило для этого понятія, увлекая меня все далѣе и глубже въ изслѣдованія о правѣ философскія, законодательныя и практически-догматическія. И чѣмъ дальше я углублялся, тѣмъ болѣе приходилъ къ убѣжденію, имѣвшему по-истинѣ рѣшительное значеніе для продолженія моего труда,—что мое изслѣдованіе почти нигдѣ не опирается на твердыя основы, на которыхъ возможно было-бы дальнѣйшее построеніе. Наоборотъ, почти всюду я былъ вынужденъ съ чрезвычайными усиліями сперва собрать нужный мнѣ матеріалъ и выработать основанія для дальнѣйшей работы. Нѣкоторыя изслѣдованія, намѣченныя мною въ послѣднемъ томѣ «духа римскаго права», получили такой обширный объемъ и такъ уклонились отъ древнѣйшаго римскаго права, что я почелъ за лучшее ихъ издать особо. Одно изъ этихъ изслѣдованій я изложилъ въ сочиненіи «*о рефлективныхъ дѣйствіяхъ или объ обратныхъ дѣйствіяхъ юриди-*

ческихъ событій на третьи лица» (die Reflexwirkungen oder die Rückwirkungen rechtlicher Thatsachen auf dritte Personen, помѣщенное въ X т. dogmatische Jahrbücher [1]). За ними слѣдуетъ настоящее произведеніе: *«пассивныя дѣйствія правъ»* (Passive Wirkungen der Rechte, въ X т. dogmatische Jahrbücher). Наконецъ, обширнѣе и глубже захватываетъ понятіе права, нежели два предшествующія, третье мое сочиненіе *«о цѣли въ правѣ»*. Остальныя изслѣдованія будутъ помѣщены во второмъ отдѣлѣ третьяго тома «духъ римскаго права».

Я не дѣлаю отступленія отъ программы издаваемыхъ мной «dogmatische Jahrbücher», помѣщая здѣсь настоящее мое изслѣдованіе. Оно не посвящается, какъ это можно бы подумать на основаніи только что сказаннаго, исключительно только вопросамъ изъ области философіи права, или вопросамъ преподаванія права, но все наше изслѣдованіе опирается и вращается въ области практически-догматическаго права. Я далекъ отъ мысли представить разъясненіе непризнаннаго, или спорнаго положенія въ правѣ, но я думалъ связать къ одной правильной точкѣ зрѣнія рядъ загадочныхъ, до сихъ поръ почти вовсе неизслѣдованныхъ, или непра-

---

[1]) Р. Іерингъ употребляетъ выраженіе: *«рефлективныя* (отраженныя) *дѣйствія юридическихъ событій»* для обозначенія особаго рода явленій, сходныхъ съ правомъ. Каждое юридическое событіе производитъ извѣстное дѣйствіе для точно опредѣленныхъ лицъ, но вмѣстѣ съ тѣмъ оно оказываетъ вліяніе, конечно посредственное, и на постороннихъ лицъ. Нѣтъ никакой возможности уединить вліяніе юридическихъ событій одними только непосредственно въ немъ участвующимъ лицомъ. Рожденіе и смерть ребенка касаются не только его родителей, но отражаются, рефлектируются и на его родственникахъ. Законъ, изданный для огражденія извѣстной отрасли производства, приноситъ выгоду фабриканту; онъ защищаетъ его интересы, но не укрѣпляетъ за нимъ никакихъ правъ. Всѣ полицейскіе и уголовные законы оказываютъ подобное же рефлективное дѣйствіе для всѣхъ тѣхъ лицъ, которыхъ они охраняютъ. Удобства благоустроеннаго города, которыми пользуется пріѣзжающій, являются отраженіемъ введеннаго заботами городскаго управленія порядка.

Такое дѣйствіе юридическихъ или экономическихъ явленій, которыя обнимаютъ болѣе широкій кругъ лицъ, нежели тотъ, который законъ или заключающія сдѣлку имѣли непосредственно въ виду,—Р. Іерингъ называетъ *«рефлективными или отраженными дѣйствіями юридическихъ событій на третьи лица»*.

Примѣчаніе переводчика.

вильно понятыхъ явленій и раскрыть ихъ для юридическаго пониманія. Я полагаю, что конечное пріобрѣтеніе моего изслѣдованія заключается въ расширеніи юридическаго круга зрѣнія, и только тотъ придастъ такому пріобрѣтенію мало значенія, кто не знаетъ, какое вліяніе оказываетъ на юридическое сужденіе болѣе или менѣе широкій кругъ зрѣнія и какъ много не однихъ теоретическихъ, но и практическихъ ошибокъ порождено исключительно узкимъ юридическимъ горизонтомъ и возникающими вслѣдствіе этого предупрежденіями. Если я позволю себѣ здѣсь, въ началѣ настоящаго изслѣдованія, предложить читателю одинъ вопросъ для самостоятельнаго рѣшенія: прекращается-ли вещный сервитутъ, если собственникъ господствующаго участка его покинетъ, дерелинквируетъ,—и другой вопросъ: прекращается-ли обязательство, связанное съ бумагой на предъявителя, когда бумагу бросаютъ, дерелинквируютъ? Кто изъ читателей склоненъ рѣшить утвердительно эти вопросы, тотъ имѣетъ самый хорошій способъ провѣрить на себѣ правильность сдѣланнаго выше замѣчанія, такъ какъ онъ для такого рѣшенія долженъ руководствоваться правиломъ, что сервитутъ или обязательство (или отмѣтимъ здѣсь-же существенное: ограниченія служебнаго участка и должники, обусловленные сервитутомъ и обязательствомъ) не могутъ существовать безъ субъекта. Такое мнѣніе основано исключительно на предубѣжденіи. Но кто, руководимый правильнымъ чутьемъ, допуститъ въ обоихъ приведенныхъ случаяхъ пассивное продленіе правоотношенія безъ субъекта и, слѣдовательно, признаетъ возможность вступленія новаго субъекта чрезъ заимку—оккупацію, тотъ долженъ будетъ сознавать, что пока онъ не пресѣчетъ источникъ заблужденія противниковъ, то этого заблужденія слѣдуетъ постоянно опасаться. Наша научная литература служитъ лучшимъ для этого доказательствомъ. Нѣсколько лѣтъ тому назадъ два новыхъ писателя *Виндшейдъ* (Windscheid, Kritische Ueberschau, I стр. 186, 1853 годъ и die Actio des röm. Civilrechts, стр. 235, 1856 годъ) и *Кѣппенъ* (Köppen, die Erbschaft, стр. 11, 1856 годъ и System des röm. Erbrechts. I стр. 239, 1862 годъ), возстали противъ общепринятаго возведенія лежащаго наслѣдства (hereditas jacens) на степень лица, какъ недостойную науки фикцію, и я вполнѣ въ настоящее время согласенъ съ ихъ обвинительнымъ приговоромъ. Но ихъ протестъ прошелъ безслѣдно. Почему? Да потому, что имъ не уда-

лось правильнымъ образомъ опровергнуть вышеприведенное возраженіе, что права и обязанности не могутъ существовать безъ дѣйствительныхъ или искусственныхъ субъектовъ. Всюду будетъ повторяться тоже самое, гдѣ предубѣжденіе заступаетъ путь истинѣ. До тѣхъ поръ, пока предубѣжденіе не будетъ раскрыто и сознано, до тѣхъ поръ одно провозглашеніе истины мало принесетъ пользы. Настоящее изслѣдованіе направлено на устраненіе изъ нашей науки не того предубѣжденія, что права и обязанности не могутъ существовать безъ субъекта, ибо я считаю это правило за непреложную, очевидную истину. Названные выше ученые не устрашились отвергнуть эту истину въ одностороннемъ преслѣдованіи своей цѣли. Я не считаю нужнымъ прибавить ни одного слова къ тому, что было сказано въ опроверженіе этого ученія, въ особенности со стороны Унгера (Unger, kritische Ueberschau VI, стр. 165—166). То предубѣжденіе, о которомъ здѣсь идетъ рѣчь, какъ часто случается, не было вовсе прямо высказано, но состоитъ въ той мысли, которая подразумѣвается при этомъ господствующемъ воззрѣніи, что будто-бы право при преходящемъ устраненіи субъекта вообще не можетъ болѣе оказывать никакого дѣйствія. Или, выражаясь положительно, я думаю, что при временномъ отсутствіи субъекта настоящаго или будущаго права могутъ возникать и продолжаться далѣе безъ настоящаго управомочія *пассивныя* дѣйствія, проявляемыя правомъ въ его правильномъ составѣ на внѣшній міръ (на лица или вещи), т. е., что могутъ возникать и продолжаться далѣе тѣ состоянія юридическаго ограниченія и зависимости, въ которыя право ставитъ вещи или лица.

Быть можетъ, это есть тоже самое представленіе, которое имѣли въ виду оба названные ученые, но они имъ не овладѣли, когда вмѣсто продленія *одной стороны* въ правѣ, они указали на продленіе *самаго права*. Между нами легко установилось-бы согласіе, если-бы здѣсь въ основѣ было только неправильное *словоупотребленіе*. Но дѣло касается дѣйствительно невѣрнаго *понятія*, что свидѣтельствуетъ дѣлаемая ими попытка дать логическое доказательство возможности допустить *безсубъектныя права*, чѣмъ и объясняется то общее противорѣчіе, съ которымъ было встрѣчено ихъ ученіе. Насъ раздѣляетъ, слѣдовательно, не одинъ только образъ *выраженія*, но коренное различіе въ воззрѣніяхъ. Они стараются установить, что субъектъ не имѣетъ существеннаго значе-

нія для понятія права, что право есть внѣшняя, безличная возможность дѣйствія. Наоборотъ, я полагаю исключительно въ субъектѣ цѣль и назначеніе права, такъ что для меня представленіе о безсубъектныхъ правахъ является—какъ contradictio in adjecto, подобно тому, какъ если-бы кто сталъ ножъ безъ лезвія не только *называть* ножемъ, но выдавалъ-бы его за ножъ, т. е., вздумалъ-бы утверждать, что лезвіе не имѣетъ существеннаго значенія для ножа.

---

2. ПАССИВНОЕ ОГРАНИЧЕНІЕ, КАКЪ ПРЕДВАРИТЕЛЬНОЕ СОСТОЯНІЕ БУДУЩИХЪ ПРАВЪ (die passive Gebundenheit als Vorstadium zukünftiger Rechte).

Да будетъ мнѣ позволено бросить прежде всего взглядъ на одно отношеніе, которое ни римское, ни современное правовѣдѣніе не подвели къ понятію о правѣ собственности, ограниченномъ резолютивнымъ условіемъ, но которое, однако, представляетъ поразительное доказательство того, какъ можетъ быть достигнуто вполнѣ дѣйствіе резолютивно-условной традиціи посредствомъ сочетанія традиціи съ обязательствомъ, имѣющимъ вещную защиту. Я имѣю въ виду правоотношеніе мужа на fundus dotalis, или,—вѣрнѣе, право требованія жены о возвратѣ приданной земли. Въ своемъ историческомъ возникновеніи и въ догматическомъ построеніи—это требованіе имѣетъ обязательственное значеніе (actio rei uxoriae), но оно обезпечено вещнымъ порядкомъ: сначала относительно того времени, когда требованіе только еще складывается,—запрещеніе объ отчужденіи въ силу lex Julia, цѣль которой заключалась въ томъ только, чтобы установить юридическое ограниченіе на вещь, что извѣстно намъ какъ средство обезпеченія будущихъ правъ; и затѣмъ, когда исковое требованіе уже возникло, Юстиніанъ признаетъ за женой rei vindicatio utilis. Эти отношенія даютъ слѣдующее поученіе: вопервыхъ, не противорѣчитъ природѣ обязательствъ примѣненіе тѣхъ-же средствъ, которыми въ остальныхъ случаяхъ пользуется только вещное враво, и, во-вторыхъ, чтобы снова возвратить по истеченіи извѣстнаго промежутка времени право собственности безъ измѣненія въ руки отдавшаго, нѣтъ надобности уничтожать все прошлое, чего не считаетъ возможнымъ обойти ученіе о резолютивномъ условіи.

Предъ нами является еще одно отношеніе, которое хотя и вполнѣ чуждо современному праву, чему мы должны приписать то, что имъ вовсе не воспользовалось современное правовѣдѣніе для настоящаго вопроса, но можетъ лучше всякаго другаго уяснить указанный нами механизмъ вещно-защищеннаго обязательства. Я имѣю въ виду обычные у римлянъ дополнительные договоры при продажѣ рабовъ. Они являются на ряду съ обязанностью отпустить на волю, возложенную по завѣщанію (fideicommissaria libertas): обязательственное отношеніе, огражденное полной вещной силой.

Продавецъ могъ включать подобные дополнительные доворы въ своемъ собственномъ интересѣ или въ интересѣ раба. Какъ примѣры для перваго рода слѣдуетъ назвать ne manumittatur, ne aliquo loci moretur, ut exportetur; какъ примѣры для втораго рода ut manumittatur, ne poena causa exportaretur, ne prostituatur, ne alterius quam emptoris servitutem pateretur.

Очевидно, что обыкновенныя средства обязательственнаго права (actio venditi объ интересѣ и стипуляція договорной неустойки) могутъ дать для подобныхъ соглашеній только высшей степени недостаточное обезпеченіе. Не идя далѣе перваго покупщика, и даже въ его лицѣ весьма сомнительнаго дѣйствія, эти средства обезпеченія нисколько не ограждаютъ господина и раба отъ послѣдующихъ покупщиковъ. Поэтому здѣсь увидѣли необходимость, подобно тому какъ въ fideicommissaria libertas, пойти далѣе обыкновенныхъ формъ обязательственнаго права и допустить вещную защиту для такихъ соглашеній. Это совершено отчасти чрезъ введеніе двухъ условій на случай неисполненія (Contraventionsklauseln), изъ которыхъ одно опредѣляло возвращеніе права собственности, другое—освобожденіе раба,—отчасти путемъ законнаго предписанія, что *запрещеніе* отпускать на волю дѣлаетъ юридически невозможнымъ освобожденіе раба, а *повелѣніе* отпустить, въ случаѣ неисполненія, должно было непосредственно повлечь свободу раба. Хотя здѣсь далеко превзошли обыкновенное дѣйствіе обязательствъ, тѣмъ не менѣе обязательственное значеніе этихъ соглашеній не устранялось, точно такъ-же, какъ въ соотвѣтствующемъ положеніи права относительно fideicommissaria libertas. Всѣ эти соглашенія прежде всего касаются положительнаго или отрицательнаго дѣйствія покупщика, моментъ вещный занималъ въ нихъ второстепенное мѣсто. Этой точки зрѣнія такъ строго держались, что

считали ошибкой, если продавецъ при составленіи условія объ освобожденіи употреблялъ вещную формулу: ut liber esset вмѣсто обязательственной: ut manumittatur. Второстепенный вещный элементъ отчасти выражается въ томъ, что относящееся до раба соглашеніе переходитъ вмѣстѣ съ нимъ на каждаго дальнѣйшаго покупщика, безразлично было-ли оно относительно его снова возобновлено, или, не было,—а также отчасти въ непосредственномъ образѣ его осуществленія. Позже перенесли вещную защиту отъ случая продажи ва случай *даренія*. Наоборотъ, я не знаю ни одного примѣра, чтобы стипуляція, гдѣ третье лицо составляетъ соглашеніе съ собственникомъ раба о подобномъ обращеніи съ послѣднимъ, имѣла-бы такое-же дѣйствіе. Это приводитъ насъ къ коренному основанію такого правообразованія (Rechtsgestaltung), которое мы въ правѣ обозначить кратко, какъ *вниманіе, оказываемое къ прежнему собственнику вещи* (Rücksicht auf den bisherigen Eigenthümer der Sache).

Римское право разсматриваетъ съ совершенно особой точки зрѣнія договорныя условія (Vertragsberedungen) при отчужденіи вещи. Въ обыкновенномъ договорѣ всякая уступка противной стороны даетъ мнѣ право требованія и расширяетъ на ея счетъ сферу моего господства. Наоборотъ, въ договорахъ объ отчужденіи вещи, хотя они совершаются на основаніи согласія противной стороны, слѣдовательно, заимствуютъ свою силу изъ договора, римское право видитъ не *уступку* въ мою пользу отъ противной стороны, но нѣчто мной *удержанное* за собой,—не *ему*, но *себѣ* самому я обязанъ тѣмъ, что имѣю. Не отъ него возвращается ко мнѣ обратно то, что я обусловилъ въ свою пользу относительно вещи, но вещь сразу поступаетъ въ его собственность со всѣми лежащими на ней ограниченіями, не вызывая необходимости двукратнаго акта со стороны его воли, первый разъ для пріобрѣтенія вещи, второй разъ для изъявленія согласія на дополнительныя ограниченія. Достаточно одного акта воли, направленнаго на *ограниченное* пріобрѣтеніе. Римское право выражаетъ такимъ образомъ это понятіе: «legem dicere suae rei»: понятіе и выраженіе идутъ до отдаленнѣйшей римской древности. Собственникъ создаетъ законъ для вещи, передавая ее, хотя-бы этотъ законъ формально былъ выра-

женъ въ словахъ, сказанныхъ противной стороной, какъ при mancipatio и in jure cessio,—онъ все-таки считается за lex rei suae dicta, т. е., распоряженіемъ, происшедшимъ отъ права господства (Machtbefugniss) собственника надъ вещью, съ которымъ противная сторона согласилась. Мы не въ правѣ на основаніи одного только словеснаго смысла, заключающагося въ выраженіи legem dicere suae rei, дать юридическое значеніе настоящему воззрѣнію. Но что оно должно имѣть такое юридическое значеніе, слѣдуетъ изъ того уже, что К. Муцій Сцевола въ l. 73 § 4 de R. J. (50 17) сопоставляетъ legem dicere съ stipulari и pacisci:

Nec paciscendo, nec legem dicendo, nec stipulando quisquam alteri cavere potest.

Я нахожу совершенно ложнымъ примѣненіе legem dicere въ неопредѣленномъ смыслѣ только къ договорнымъ соглашеніямъ. Я согласенъ, что можно ставить *совмѣстно* (copulativ) нѣсколько однозначущихъ выраженій, но я не могу допустить, чтобы римскій юристъ и притомъ въ сочиненіи, въ которомъ онъ умышленно устраняетъ всякія опредѣленія понятій, могъ-бы противоположить другъ другу (adversativ) только одни синонимы. Слова nec-nec ясно показываютъ, что каждое изъ трехъ выраженій должно означать особый родъ «cavere», и подобно тому неодинаково значеніе, какъ pacisci и stipulari, такъ точно и legem dicere отлично отъ того и другаго. L. 6 pr. Comm. praed. (8. 4) даетъ примѣръ, въ которомъ правило Сцеволы прилагается къ опредѣленному отношенію:

Si quis duas aedes habeat et alteras tradat, potest l e g e m t r a d i c i o n i d i c e r e: ut vel istae, quae non traduntur, servae sint his, quae traduntur vel contra..... Duas autem aedes simul tradendo non potest efficere alteras alteris servas, quia neque adquirere alienis aedibus servitutem neque imponere potest.

Ульпіанъ могъ-бы вмѣстѣ съ *Сцеволой* поставить вмѣсто послѣднихъ словъ слѣдующія: quia nec legem dicendo alteri cavere potest. Во всякомъ случаѣ Сцевола могъ-бы воспользоваться этимъ случаемъ для разъясненія своего правила.

Въ чемъ-же заключалась особенность этого понятія? Не только въ томъ, что относительно формы lex здѣсь не было надобности въ формальномъ договорѣ стипуляціи, и что, наоборотъ, довольно было односторонняго объявленія (legem dicere), какъ при изда-

нiи всякаго lex,—но особенность состоитъ въ томъ, что здѣсь собственнику открывалась болѣе широкая область для права распоряженiя, нежели та, которая обыкновенно признавалась правомъ за частной автономiей. Это право всегда колебалось относительно того, какъ сдержать собственника въ возможномъ самоограниченiи посредсвомъ договора и сервитутовъ, относя ихъ къ дѣйствительнымъ потребностямъ оборота; но это-же право налагало ограниченiя на противную сторону, которая думала и пыталась стѣснить собственника сверхъ указанныхъ границъ. Настоящее-же понятiе раскрываетъ собственнику, переносящему на другое лицо свое право, несравненно большiй кругъ произвольнаго распоряженiя. Cum enim, говоритъ *Юстинiанъ* въ l. 9 Cod. de pact. int. emt. (4. 54) въ оправданiе подобной уступки прiобрѣтателя въ пользу отчуждающаго собственника, vanditor vel alter alienator non a l i a l e g e jus suum transferre passus est, nisi tali fretus conventione, quomodo ferendum est, aliquam captionem ex varia pati eum interpretatione? Можно оспаривать, основательна-ли указанная здѣсь точка зрѣнiя въ отношенiи законодательномъ; я съ своей стороны этого не думаю, такъ какъ моя задача не защищать ее, но разъяснить и доказать.

Въ источникѣ приводятся такiе примѣры. Извѣстно, что необходимое условiе для вещныхъ сервитутовъ составляетъ u t i l i t a s. Но: ei fundo, quem quis vendat, говоритъ Лабео въ l. 19 de serv. (8. 1), servitutem imponi, etsi non utilis, posse existimo.... quaedam enim h a b e r e possumus, quamvis ea nobis utilia non sunt. Уже другими было замѣчено, что «habere» въ связи съ цѣлымъ положенiемъ можетъ быть отнесено къ «retinere» въ противоположность съ «acquirere». Другое условiе вещныхъ сервитутовъ составляетъ смежность земельныхъ участковъ. Но въ случаѣ учрежденiя сервитута при отчужденiи участка земли l. 6 pr. Comm. pr. (8. 4) допускаетъ отсюда исключенiе: parvique refert, vicinae sint, ambae aedes an non. Третье исключенiе представляетъ l. 13 pr. Comm. pr. (8. 4). Оно касается ограниченiя права свободнаго пользованiя такой вещью, которая находится въ общемъ всѣхъ пользованiи—res communes, именно пользованiя моремъ. Ульпiанъ передаетъ слѣдующiй случай: нѣкто владѣлъ на берегу моря двумя участками земли и одинъ изъ нихъ продалъ, ограничивъ его въ пользу другаго посредствомъ lex о томъ, что на проданномъ участкѣ не должна производиться рыбная ловля, право-же на эту ловлю

учреждается въ пользу другаго участка. Ульпіанъ даетъ здѣсь такое рѣшеніе: хотя на морѣ нельзя учреждать сервитута, но «personae possidentium aut in jus eorum succedentium per stipulationis vel venditionis legem obligantur». Что должно разумѣть подъ этими послѣдними словами? Вопросъ приводитъ насъ къ вовсе не изслѣдованному наукой отношенію: вещные сервитуты въ провинціяхъ. Если дѣло ограничивалось-бы просто истолкованіемъ этого положенія, я стѣснился-бы предпринять дальнѣйшее изслѣдованіе; но оно имѣетъ такое громадное значеніе для конечной цѣли настоящаго вопроса: дать опредѣленіе дѣйствительнаго значенія передачи съ резолютивнымъ условіемъ, а также указать переходъ въ позднѣйшемъ римскомъ правѣ обязательственныхъ отношеній въ вещно защищенныя,—что мы должны къ нему перейти.

Какое имѣютъ значеніе слова: «personae possidentium aut in jus eorum succedentium per stipulationis vel venditionis legem obligantur»? Экзегеты говорятъ: продавецъ и его наслѣдники обязаны по договору, слѣдовательно наступаетъ обыкновенное дѣйствіе обязательства. Однако, почему-же Ульпіанъ не сказалъ просто: emptor ex emto obligatur, если онъ не хотѣлъ сказать ничего болѣе этого? Отвѣтственность наслѣдника сама собой понятна при договорѣ купли. Я сомнѣваюсь, сыщется-ли во всемъ corpus juris civilis хоть одинъ примѣръ, гдѣ юристъ выразилъ-бы обязательственную силу договора купли въ такой неопредѣленной и сбивчивой формѣ; *лица владѣющія* и ихъ *преемники* подлежатъ обязательству по lex contractus. Если такое своеобразное выраженіе можетъ породить въ насъ сомнѣніе въ правильности рутиннаго воззрѣнія, то оно достигаетъ полной достовѣрности въ добавочныхъ словахъ: vel per stipulationis legem. Къ чему здѣсь припомнилъ юристъ стипуляцію? О ней до сихъ поръ не было вовсе рѣчи. Рѣшеніе даетъ послѣдующее. Учрежденіе сервитута по цивильному праву mancipatio или in jure cessio совершалось въ формѣ вещной (deductio); этому соотвѣтствовало по провинціальному праву учрежденіе при traditio сервитута въ обязательственной формѣ. Въ такомъ случаѣ не было надобности въ стипуляціи, для безформеннаго соглашенія была вполнѣ достаточна lex rei suae dicta, но, какъ кажется, въ дѣйствительной жизни изъ предосторожности и въ этомъ случаѣ наблюдали обычную форму стипуляціи. На это именно намѣкаетъ Ульпіанъ, говоря: vel per stipulationis legem. Онъ имѣ-

етъ въ виду вовсе не тотъ вопросъ, насколько дополнительное соглашеніе при договорѣ купли-продажи имѣетъ обязательное значеніе; точно также и *собиратели* (compilatores), помѣстившіе это положеніе подъ одно общее названіе *вещныхъ сервитутовъ*, не могли его имѣть въ виду. *Ульпіанъ* думаетъ рѣшить вопросъ о дѣйствительности учреждаемаго продавцомъ сервитута, и онъ такимъ образомъ его разрѣшаетъ: «хотя къ морю не примѣняется понятіе цивильнаго сервитута, потому что на него немыслимо вещное право (jus in re), но такое сомнѣніе не устраняетъ провинціальный сервитутъ, держащійся на понятіи объ обязательствѣ (которое примѣняется у римлянъ для итальянской земли), поэтому здѣсь возникаетъ, если не *вещная*, то личная связь (personae . . . . obligantur) *владѣльца* и его *преемниковъ*». Приводимое Ульпіаномъ основаніе для объясненія этого: quia bona fides contractus legem servari venditionis exposcit—есть то же самое, которое встрѣчается относительно стипуляціоннаго сервитута (Stipulationsservitut): tueri enim debent placita inter contrahentes. Въ настоящемъ случаѣ оно означаетъ, что обязательственный характеръ стипуляціоннаго сервитута раскрываетъ болѣе широкій просторъ автономіи, нежели послѣдняя можетъ проявить по ученію о цивильныхъ сервитутахъ, которое исходитъ изъ понятія о jus in re.

Призналъ-ли Ульпіанъ за такимъ договоромъ подобное-же дѣйствіе независимо отъ того, что здѣсь совершается отчужденіе вещи? Я долженъ высказать относительно этого свое сомнѣніе; я думаю даже, что именно понятіе о lex rei suae dicta, на которое, какъ кажется, намѣкаютъ слова: per legem venditionis, служатъ указателемъ для его рѣшенія, подобно тому, какъ оно послужило основаніемъ отступленію отъ строгаго ученія о сервитутахъ для Лабео (см. выше стр. 123) и для Юстиніана (l. ult C. de pact, int. 4. 54).

Я нахожу подтвержденіе настоящаго мнѣнія въ тѣхъ данныхъ, которыя намъ представляютъ источники относительно нашей точки зрѣнія на lex rei suae dicta. Въ l. 61 de pact. (2. 14). Помпоніусъ высказываетъ основное положеніе: nemo paciscendo efficere potest, ne sibi locum suum dedicare liceat aut ne sibi in suo sepelire mortuum liceat aut ne vicino invito praedium alienet. Значитъ-ли это, что подобное pactum недѣйствительно по *формальнымъ* основаніямъ, какъ это утверждали, ссылаясь на l. 11 de relig.

(11. 7).... stipulatione id cavere oportet? Какъ будто юристу было необходимо сначала привести три особенныхъ случая, чтобы высказать или подтвердить на примѣрахъ ту общеизвѣстную истину, что одно только pactum не производитъ никакого иска! Нѣтъ, такое pactum недѣйствительно несравненно болѣе по *матеріальнымъ* основаніямъ, и не вслѣдствіе отсутствія интереса, какъ думаетъ *Вангеровъ*,—такъ что этотъ недостатокъ могъ-бы быть устраненъ включеніемъ договорной неустойки,—но оно недѣйствительно по тѣмъ-же основаніямъ, по которымъ римское право требуетъ при обремененіи участковъ земли сервитутами—мѣру и цѣль, т. е. въ интересѣ *свободы собственности*. Подобно тому какъ ученіе о сервитутахъ не проводитъ указанную точку зрѣнія съ полной послѣдовательностью, когда касается такихъ ограниченій, которыя настоящій собственникъ налагаетъ па того, къ кому переходитъ отъ него право собственности,—это такой случай, въ которомъ до нѣкоторой степени свобода собственности приходитъ въ столкновеніе сама съ собой,—точно также и обязательственное право. Если собственникъ установитъ эти ограниченія [1]) при отчужденіи, то они дѣйствительны, онъ выводитъ вещь изъ своего права собственности, какъ говоритъ Юстиніанъ: non alia lege, nisi tali fretus conventione, словомъ, здѣсь примѣняется древне-римское воззрѣніе о lex rei suae dicta. Я думаю, что Ульпіанъ въ вышеприведенномъ положеніи придастъ такое-же значеніе отказу отъ принадлежащаго каждому права на рыбныя ловли въ морѣ; во всѣхъ иныхъ случаяхъ недѣйствительный этотъ договоръ получалъ въ его глазахъ обязательное значеніе, если онъ былъ облеченъ въ форму lex v e n d i t i o n i s, т. е., имѣлъ значеніе lex rei suae dicta.

---

[1]) Собственникъ могъ ограничить пріобрѣтателя вещи въ трояномъ направленіи. Во-первыхъ, онъ могъ запретить дальнѣйшее отчужденіе вещи, о чемъ упоминаетъ l. 3. Cod. de cond. ob caus. (4. 6).... e a l e g e in vos collata donatio. Въ такомъ случаѣ покупщикъ не только подлежитъ отвѣтственности по обязательству, имъ на себя принятому, здѣсь возникаетъ ограниченіе самой вещи: id efficit, ne alteruter vestrum dominium prosus alienet. Во-вторыхъ, отчуждающій собственникъ въ правѣ наложить ограниченіе на право погребенія покойниковъ въ проданномъ имѣніи, о чемъ упоминаетъ l. 11 de relig. (11. 7)... hac lege venierit. Въ-третьихъ, онъ могъ запретить dedicatio, l. ult. Cod. de pact. i. em. (4. 54)... in venditionis vel alienationis contractu.

А развѣ не могутъ быть отнесены къ той-же точкѣ зрѣнія выше указанныя ограниченія при продажѣ раба? Я сомнѣваюсь, чтобы кто-либо изъ римскихъ юристовъ призналъ обязательное значеніе договора, хотя-бы заключеннаго въ формѣ стипуляціи и обезпеченнаго неустойкой, по которому собственникъ обязывался-бы никогда не отпускать своего раба на волю. Если-бы этого можно было достигнуть посредствомъ договорной неустойки, то должно было-бы признать дѣйствительное значеніе безчисленнаго множества договоровъ, которые противорѣчатъ добрымъ нравамъ (contra bonos mores) по римскому понятію.



II.

Цѣль въ правѣ.

(DER ZWECK IM RECHT).

Одно изъ двухъ: или причина есть движущая сила вселенной, или цѣль. По моему убѣжденію—это есть цѣль. Цѣль въ состояніи изъ себя произвести законъ причинности, но законъ причинности не въ состояніи изъ себя создать цѣль. Или, говоря яснѣе: признаніе міровой цѣли, что для меня равносильно съ признаніемъ Бога, ибо я не въ состояніи, по ограниченности ума моего, представить себѣ цѣль помимо сознательной воли, и такъ признаніе Богомъ указанной міровой цѣли или божественнаго предопредѣленія (des göttlichen Zweckgedankens) вполнѣ согласуется, по моему мнѣнію, съ установленіемъ самаго строгаго закона причинности. Пусть этотъ послѣдній законъ дѣйствуетъ такъ, какъ учитъ крайняя лѣвая сторона дарвинизма, начиная отъ клѣточки, все созидая изъ себя безъ всякаго дальнѣйшаго творческаго дѣйствія, развиваясь отъ одной ступени къ другой до самаго человѣка; но когда я сталкиваю осколокъ скалы съ горной вершины, чтобы онъ скатился въ долину, развѣ здѣсь не цѣль сначала вызвала дѣйствіе закона причинности? Что правитъ всѣмъ движеніемъ, цѣль или причина, если цѣль вначалѣ уже такъ поставила причину, что послѣдняя, все далѣе и далѣе развиваясь, одно создаетъ изъ другаго и наконецъ достигаетъ такого положенія, которое цѣль предвидѣла и желала? Когда предъ мысленнымъ окомъ художника стоитъ статуя, которую онъ хочетъ создать, и года проходятъ, пока рука ее не исполнитъ на основаніи законовъ механики, т. е., на основаніи закона причинности,—есть-ли она созданіе духа, или рукъ? Я ду-

маю, что она есть созданіе рукъ, руководимыхъ духомъ. Я съ своей стороны не берусь судить о правильности дарвиновской теоріи, хотя именно тѣ выводы, къ которымъ я съ своей стороны пришелъ относительно историческаго развитія права, вполнѣ подтверждаютъ ее въ томъ, что касается моего предмета. Но какъ-бы твердо ни была установлена ея правильность, я не вижу, какимъ образомъ она можетъ хоть сколько нибудь поколебать мою вѣру въ божественное предопредѣленіе; Богъ прозрѣлъ человѣка въ клѣточкѣ, отъ которой необходимо, по мнѣнію Гэкеля, должно дойти до человѣка, какъ художникъ прозрѣлъ Аполлона въ мраморѣ, или, какъ сказалъ уже Лейбницъ, Богъ въ Адамѣ предсоздалъ и пожелалъ все человѣчество.

Монистическому воззрѣнію, къ послѣдователямъ котораго я себя такимъ образомъ причисляю, нисколько не противорѣчитъ двойственный законъ для міра явленій: законъ причинности для предметовъ неодушевленныхъ и законъ цѣли для одушевленныхъ твореній. Оба они объединяются въ законѣ цѣли, какъ въ высшемъ началѣ міроваго строя. Если матерія подчинена одному закону, воля—другому, обѣ онѣ тѣмъ не менѣе осуществляютъ въ своей сферѣ и на свой ладъ только тѣ дѣянія, которыя на нихъ возложены сначала цѣлью. Съ такой-же необходимостью, какъ, по дарвиновской теоріи, одинъ видъ животныхъ развивается изъ другаго, изъ одной цѣли - права (Rechtszweck) возникаетъ другая цѣль - право, и если бы міръ въ тысячный разъ былъ такъ созданъ, какъ онъ нѣкогда былъ сотворенъ, то онъ долженъ-бы имѣть чрезъ милліардъ лѣтъ такой-же строй; міръ права точно также, какъ міръ физическій, потому что цѣль имѣетъ столь-же непреодолимую силу, какъ и причина. Быть можетъ, потребуется тысячелѣтіе, пока эта принудительная сила цѣли проявится въ отдѣльномъ отношеніи права, что значитъ тысяча лѣтъ въ сравненіи съ милліардами? Но право будетъ создано, будетъ-ли оно этого желать, или нѣтъ. Но оно создается шагъ за шагомъ. Право такъ-же мало знаетъ скачки, какъ природа; сначала должно быть здѣсь предшествующее и затѣмъ можетъ наступить уже высшее. Но если первое уже возникло, то высшее неизбѣжно,—каждая предшествующая цѣль производитъ послѣдующую и изъ совокупности всѣхъ отдѣльныхъ составляется путемъ сознательнаго или безсознательнаго отвлеченія—общее: идеи права (Rechtsideen), понятіе права

(Rechtsanschauung), чувство права (Rechtsgefühl). Не чувство права создало право, но право создало чувство права,—право знаетъ одинъ только источникъ—цѣль.

Что же однако составляетъ цѣль въ правѣ? Рѣшеніе этого вопроса зависитъ отъ другаго предварительнаго вопроса: что есть цѣль? Мы еще не дали отвѣта на этотъ предварительный вопросъ. Все нами до сихъ поръ сказанное и что мы скажемъ далѣе служитъ къ тому, чтобы облегчить его окончательное рѣшеніе. Читатель могъ однако уже на основаніи предшествующихъ указаній составить себѣ понятіе о моемъ взглядѣ, въ особенности изъ приведеннаго, но не доказаннаго еще опредѣленія *дѣйствія*, какъ *достиженія условій существованія дѣятеля* (Verwirklichung der Daseinsbedingungen des Handelnden).

Я исхожу изъ этого послѣдняго понятія, опредѣляя право, какъ *обезпеченіе условій существованія общества путемъ принужденія* (Sicherung der Lebensbedingungen der Gesellschaft in Form des Zwanges).

Для объясненія этого опредѣленія необходимо прежде всего уяснить себѣ въ основу его принятое понятіе объ *условіяхъ существованія*.

Это понятіе имѣетъ значеніе относительное, опредѣляемое тѣмъ, что необходимо для существованія. Что же здѣсь необходимо? Если существовать значитъ физически быть, то понятіе объ условіяхъ существованія ограничено тѣснымъ кругомъ непреложныхъ жизненныхъ потребностей: пища, питье, одежда, жилище. Даже въ этомъ направленіи это понятіе сохраняетъ значеніе относительное, ибо оно опредѣляется потребностями каждаго отдѣльно,—одинъ имѣетъ больше потребностей, нежели другой.

Но существовать не значитъ только имѣть физическое бытіе; даже бѣднѣйшій и ничтожнѣйшій ожидаютъ отъ жизни больше одного ея сохраненія, онъ ищетъ благосостоянія (Wohlsein) и не только бытія (Dasein), и какъ-бы разнообразно у него ни складывалось представленіе о немъ,—для одного въ этомъ смыслѣ жизнь начинается тамъ, гдѣ она оканчивается для другаго,—носимый имъ образъ этого благосостоянія, личный идеалъ жизни,—даетъ ему мѣрило, по которому онъ соразмѣряетъ цѣну своего существо-

ванія,—составляетъ цѣль всѣхъ его стремленій,—побудительную силу его дѣятельности.

Я называю *условіями существованія тѣ требованія,* съ которыми связана жизнь въ указанномъ значеніи. Я отношу сюда поэтому не только условія физическаго бытія, но всѣ тѣ блага и наслажденія, которыя, по мнѣнію лица, даютъ жизни ея настоящую цѣну. Честь не есть условіе физическаго бытія, но какое значеніе имѣетъ жизнь безъ нея для человѣка съ чувствомъ чести?—Онъ готовъ пожертвовать своей жизнью для спасенія своей чести тамъ, гдѣ онѣ приходятъ въ столкновеніе, чтобы убѣдительно доказать, что для него жизнь безъ чести не имѣетъ никакой цѣны. Свобода и національность не имѣютъ значенія для физическаго бытія, но ни одинъ свободный народъ не остановился передъ тѣмъ, чтобы не пойти за нихъ на смерть. Самоубійца налагаетъ на себя руку, когда жизнь утратила для него цѣну, хотя, быть можетъ, онъ располагаетъ всѣми внѣшними условіями для нея. Словомъ, блага и наслажденія, въ зависимости отъ которыхъ человѣкъ чувствуетъ свое бытіе, суть не только внѣшнія, матеріальныя, но также нематеріальныя, идеальныя; они охватываютъ все то, за что человѣкъ борется, къ чему стремится: честь, любовь, дѣятельность, образованіе, религію, искусство, науку. Вопросъ объ условіяхъ существованія отдѣльнаго лица и общества есть вопросъ культуры.

Сказаннаго достаточно для опредѣленія значенія, которое я связываю съ понятіемъ условій существованія общества. Обращаясь теперь къ основанному на немъ вышеприведенному опредѣленію права, я думаю доказать два положенія: во-первыхъ, что моя точка зрѣнія *правильная,* и затѣмъ, что она имѣетъ *научное достоинство* и *богата выводами.* Мы удостовѣряемся въ ея правильности изъ того, что всѣ правоположенія, какого-бы они ни были рода и гдѣ-бы ни находились, могутъ быть подведены къ этой точкѣ зрѣнія,—мы убѣдимся въ ея достоинствѣ изъ того, что она окажетъ содѣйствіе нашему пониманію права. Такая точка зрѣнія, которая нейдетъ далѣе только правильнаго, ничѣмъ не лучше, какъ простой футляръ,—предметъ въ него вкладываютъ, снова вынимаютъ, онъ остается тѣмъ, чѣмъ былъ. Тогда только точка зрѣнія получаетъ научное достоинство, когда она станетъ производительной, т. е., когда она даетъ болѣе, нежели было до

сихъ поръ, когда она содѣйствуетъ познанію предмета, раскрываетъ въ немъ новыя стороны, остававшіяся до сихъ поръ незамѣченными. Попробуемъ, выдержитъ-ли наша точка зрѣнія повѣрку въ этихъ двухъ направленіяхъ.

Противъ ея правильности были сдѣланы многія возраженія, на которыя я долженъ дать отвѣтъ.

Если предметъ права составляютъ условія для существованія общества, то какимъ образомъ оно можетъ становиться до такой степени въ противорѣчіе съ самимъ собой, что запрещаетъ въ одномъ мѣстѣ то, что дозволяетъ или повелѣваетъ въ другомъ? Право этимъ доказываетъ, что предметъ, поддающійся столь разнообразному обращенію, не входитъ въ условія для существованія общества, которое можетъ къ нему относиться совершенно такъ, какъ ему вздумается.

Такое возраженіе не замѣчаетъ относительности цѣлесообразнаго. Подобно тому, какъ врачъ не впадаетъ въ противорѣчіе съ самимъ собой, когда онъ, въ силу измѣнившагося положенія больнаго, нынче предпишетъ то, что вчера онъ запрещалъ, точно также и законодатель—условія существованія измѣняются, излишнее въ одномъ случаѣ необходимо—въ другомъ, полезное здѣсь—вредно тамъ.

Я укажу на два примѣра, чтобы наглядно представить происходящую отсюда чрезвычайную противоположность въ обращеніи законодателя съ однимъ и тѣмъ же вопросомъ.

Первый примѣръ касается вопроса объ обученіи. Наше современное государство ввело обязательное начальное обученіе. Прежде оно предоставляло его собственному желанію и склонности, заботясь только объ учрежденіяхъ, въ которыхъ каждый могъ-бы пріобрѣсти первоначальныя познанія. Въ болѣе отдаленныя времена оно даже не заботилось и объ этомъ. Въ нѣкоторыхъ рабовладѣльческихъ штатахъ Сѣверной Америки, до войны за освобожденіе, подъ смертной казнію запрещалось обучать грамотѣ негровъ. И такъ государство становится въ четыре разныя положенія относительно одного и того же вопроса:—1) полнѣйшее равнодушіе государства,—2) содѣйствіе къ достиженію цѣли на средства государства, но безъ принужденія,—3) обезпеченіе обученія путемъ принужденія,—и 4) запрещеніе обученія подъ страхомъ смертной казни. Примѣнимъ къ этому нашу точку зрѣнія объ условіяхъ для су-

ществованія, то послѣднее опредѣленіе предмета съ точки зрѣнія рабовладѣльческихъ штатовъ означаетъ: наше рабовладѣльческое государство не можетъ согласоваться съ образованіемъ рабовъ; когда рабъ знаетъ грамотѣ, онъ перестаетъ быть рабочимъ животнымъ, онъ становится человѣкомъ и предъявляетъ свои человѣческія права, грозя тѣмъ нашему, на рабствѣ основанному, общественному строю. Гдѣ жизнь связана съ мракомъ, тамъ внесеніе свѣта становится уголовнымъ преступленіемъ. Въ древности не страшились здѣсь опасности; тогда еще не была поколеблена вѣра въ правомѣрность рабства. Съ точки зрѣнія того времени первое состояніе отношенія означало: школьное образованіе не входитъ въ условія для существованія нашего общества; второе — оно желательно; третье—оно необходимо. Которое изъ этихъ воззрѣній было наиболѣе правильное? Они всѣ правильны, дадимъ мы на это отвѣтъ.

Второй примѣръ касается отношенія законодателя къ религіи. Съ появленіемъ христіанства языческое государство вооружилось противъ него огнемъ и мечемъ. Почему? Оно страшилось не устоять вмѣстѣ съ нимъ, оно его преслѣдовало, провидя въ немъ искаженіе одного изъ своихъ условій существованія: государственную религію. Нѣсколько столѣтій позже, то же самое государство, прежде запрещавшее христіанское вѣроисповѣданіе подъ угрозой смерти, теперь вводитъ его посредствомъ самыхъ жестокихъ мѣръ, воззрѣніе, что государство не могло-бы *съ нимъ* удержаться, превратилось въ иное, что оно *безъ него* не можетъ существовать. Прежде восклицали: горе христіанамъ, теперь горе еретикамъ! Тюрьмы и костеръ остались, измѣнились только повергаемыя въ нихъ жертвы.

Спустя сто лѣтъ, нолѣ тяжкой и кровопролитной борьбы, государство возвысилось до воззрѣнія, что существованіе общества не только примиряется съ свободой совѣсти, но безъ нея становится невозможно. Которое изъ этихъ воззрѣній было правильное? Опять скажу,—всѣ три, но каждое для своего времени.

Второе возраженіе, которое я долженъ себѣ сдѣлать, гласитъ: неправда то, что право всегда *служитъ* на удовлетвореніе условій для существованія общества. Нерѣдко оно становится въ прямое *противорѣчіе* съ дѣйствительными интересами общества.

Я вполнѣ это допускаю, но скажу: если мнѣ позволятъ еще разъ возвратиться къ сравненію съ врачемъ: тоже самое нерѣдко прилагается *объективно* и относительно его предписаній. Это одна-

ко не устраняетъ предположенія, что *субъективно* врачи стремятся къ цѣли сохранить жизнь: врачъ можетъ ошибаться въ выборѣ средствъ, точно также и законодатель. Имъ могутъ при этомъ руководить разнаго рода предразсудки, но это обстоятельство не исключаетъ того, что такимъ путемъ онъ думаетъ обезпечить существованіе общества. Въ Римѣ законы XII таблицъ запрещали подъ страхомъ смертной казни привлеченіе чужаго посѣва на собственное поле чародѣйскими заклинаніями (segetem pellicere) или заговоръ чужаго урожая (fruges excantare), подобно ночной кражѣ съ поля или поврежденію межъ. Почему? Римскій крестьянинъ боялся не устоять предъ такой опасностью. Обезпеченіе права поземельной собственности и сельскаго хозяйства имѣли для него значеніе условій для существованія общества. Отсюда угроза смертной казни для всякаго, кто ихъ нарушалъ.

Тоже явленіе повторяется въ средніе вѣка съ вѣдьмами и колдунами. Все общество дрожало предъ дьяволомъ, который былъ съ ними въ связи. Они становились для него несравненно опаснѣе разбойника и убійцы. Къ этой точкѣ зрѣнія объ общей опасности присоединялся еще для церкви мотивъ религіозный, что она обязана защищать царство божье отъ козней дьявола. Общество и церковь были твердо убѣждены, что вѣдьмы и колдуны грозили основамъ ихъ существованія. Дѣло не измѣнится отъ того, что мы будемъ карать за то, что они впали въ такое суевѣріе,—мотивъ, руководившій ими *субъективно* заключался въ обезпеченіи условій для существованія общества. Мной указанная точка зрѣнія должна приниматься исключительно въ такомъ субъективномъ смыслѣ, она не говоритъ, что нѣчто *должно быть* объективно условіемъ для существованія общество, но субъективно почитается за таковое. Она имѣетъ въ томъ-же смыслѣ значеніе и для отдѣльнаго лица.

Но даже и въ такомъ субъективномъ смыслѣ указанная точка зрѣнія кажется не вполнѣ соотвѣтствующею для общества. Опытъ свидѣтельствуетъ, что государственная власть далеко не всегда служитъ для общей пользы всего населенія, но не рѣдко для одного отдѣльнаго могущественнаго класса, и что, слѣдовательно, законодательство не такъ образуетъ право, что-бы оно равномѣрно соотвѣтствовало интересамъ общества, но прежде всего обезпечиваетъ интересы господствующихъ классовъ. Здѣсь точка зрѣнія условій для существованія *общества*, когда вмѣсто него становятся интересы от-

дѣльнаго сословія, кажется выродившейся въ чистую насмѣшку. На это я буду отвѣчать послѣ.

Послѣднее возраженіе, котораго я болѣе всего опасаюсь, состоитъ въ слѣдующемъ. Данное опредѣленіе для цѣлаго права должно быть вѣрно для каждой его составной части, для каждаго закона, распоряженія. Поэтому законъ о гербовомъ сборѣ, объ акцизѣ на питія, опредѣленія о порядкѣ взиманія податей, способы для повѣрки акциза при винокуреніи, пивовареніи и т. п., законы о чеканкѣ и наименованіи монетъ: не-уже-ли все это должно отнести къ условіямъ для существованія общества?

Но это возраженіе имѣетъ такой-же смыслъ, какъ если-бы кто вздумалъ опровергать утвержденіе о необходимости питанія съ цѣлью поддержанія человѣческой жизни, представляя доказательство того, что *опредѣленная форма*, въ которой совершается питаніе каждаго отдѣльнаго человѣка, нисколько не указывается цѣлью питанія. Нужно-ли? Рѣшается всегда неизмѣнно. Какъ нужно?—перемѣнно. Принятіе отдѣльнымъ лицомъ того или другаго рода пищи и питья, въ опредѣленномъ именно количествѣ, въ указанное точно время, все это зависитъ отъ личнаго самоопредѣленія каждаго, но принятіе пищи и питья вообще есть потребность природы. Дѣло свободнаго выбора, когда государство обращается именно къ гербовому сбору и акцизу съ питей, къ табачной или соляной монополіи для пріобрѣтенія необходимыхъ для него денежныхъ средствъ; но пріобрѣтеніе этихъ денежныхъ средствъ есть неуклонная потребность для сохраненія государства, а съ тѣмъ вмѣстѣ—условіе для существованія общества. Рѣшившись обратиться къ опредѣленной формѣ налога, всѣ мѣропріятія, которыя государство изыщетъ для обезпеченія ихъ поступленія или для облегченія ихъ взиманія,—являются необходимымъ слѣдствіемъ разъ сдѣланнаго выбора. Кто стремится къ цѣли, долженъ изыскать соотвѣтствующія ей средства. Я не могу представить себѣ никакого повелѣнія закона, какъ-бы оно ни было мелочно и ничтожно, которое я не могъ-бы связать съ моей точкой зрѣнія. Монеты, мѣра, вѣсъ, проведеніе и содержаніе общественныхъ путей сообщенія, очищеніе клоакъ, содержаніе ведеръ отъ пожара, всевозможные сборы, заявленіе полиціи о пріѣзжихъ въ гостинницу и о прислугѣ, даже самыя тяжелыя полицейскія правила прежняго времени, какъ напр. помѣтка паспортовъ,—все сводится по своей

цѣли къ обезпеченію условій для существованія общества, какъ-бы ни былъ неудовлетворителенъ сдѣланный для этого выборъ средствъ.

Я думаю, что я здѣсь указалъ и опровергъ всѣ тѣ возраженія, которыя могутъ быть сдѣланы противъ моей точки зрѣнія. Дальнѣйшее изложеніе должно дать ей положительное доказательство и развитіе. Я обращусь сначала къ разсмотрѣнію вопроса, какое вообще участіе выпадаетъ праву при обезпеченіи условій для существованія общества, такъ какъ очевидно, что это участіе ограниченное.

Припоминая всѣ условія, съ которыми связано существованіе общества, мы увидимъ, что они распадаются по роду отношенія къ нимъ права на три части, которыя я называю *внѣправныя, смѣшанноправныя* и *чисто правныя условія* (ausserrechtlichen, gemischtrechlichen und reinrechlichen).

Одна часть этихъ условій приходится на долю природы или щедро надѣляющей ими человѣка, не требуя отъ него никакихъ усилій для ихъ пріобрѣтенія, или, наоборотъ, добываемыхъ отъ нея путемъ тяжкаго труда. Право не принимаетъ въ этихъ условіяхъ никакого участія, оно имѣетъ власть лишь надъ человѣкомъ, но не надъ природой, они исключаются поэтому изъ настоящаго изслѣдованія, какъ внѣправныя условія существованія (als ausserrechtliche Lebensbedingungen).

Другая часть исключительно относится къ человѣку; здѣсь снова возобновляется та-же противоположность между свободнодарованнымъ и чрезъ принужденіе исторгнутымъ. Добровольно человѣкъ дѣйствуетъ на служеніе обществу тогда, когда его интересъ совпадаетъ съ интересомъ послѣдняго, что проявляется въ четырехъ коренныхъ условіяхъ для существованія общества: въ сохраненіи жизни, въ преемственномъ продолженіи ея, въ трудѣ и въ обмѣнѣ (Verkehr), ибо три могучихъ побудительныхъ причины воздѣйствуютъ на эти четыре цѣли: *самосохраненіе, половое влеченіе, голодъ.* Общество можетъ въ этомъ отношеніи успокоиться на утѣшеніи, которое предлагаетъ ему Шиллеръ въ стихотвореніи Weltweisen:

Einstweilen bis den Bau der Welt
Philosophie zusammenhält,
Erhält sie das Getriebe
Durch Hunger und durch Liebe.

Голодъ, любовь и чувство самосохраненія—это самые могущественные союзники общества, которые освобождаютъ его отъ необходимости принуждать къ тому, что они сами ему предоставляютъ.

Но въ исключительныхъ случаяхъ эти три влеченія могутъ оказаться безсильными. Чувство самосохраненія не останавливаетъ самоубійцу, любовь не вліяетъ на безбрачнаго, голодъ—на нищаго и бродягу. Самоубійца, безбрачный, нищій преступаютъ основные законы человѣческаго общества не менѣе убійцы, разбойника, вора. Чтобы убѣдиться въ этомъ, достаточно примѣнить къ нимъ кантовское испытаніе юридически возможнаго (обобщеніе собственнаго дѣянія), т. е., представить себѣ ихъ образъ дѣйствія всеобщимъ—общество должно будетъ, если-бы всѣ такъ дѣйствовали, прекратиться съ настоящимъ поколѣніемъ!

Существованію общества никогда не грозила большая опасность, предъ которой блѣднѣютъ всѣ до сихъ поръ встрѣчавшіяся на его жизненномъ пути, какъ въ томъ случаѣ, если-бы можно было допустить, что среди массы народа, которая непрерывно въ жизни борется, все-таки *на жизнь радуется*, распространится пессимистическое воззрѣніе одного изъ новыхъ философовъ, [1] отчаявшагося въ холодномъ своемъ уединеніи найти рѣшеніе жизненной задачи: то воззрѣніе, что съ точки зрѣнія я или отдѣльнаго лица единственно разумный образъ дѣйствія состоитъ въ отреченіи отъ своей воли, или въ выходѣ изъ міра и въ устраненіи себя отъ жизни.... въ стремленіи къ безусловному покою, въ ничто, къ нирванна;—въ томъ случаѣ, когда можно было-бы допустить, что наступитъ время, гдѣ не то или другое отдѣльное лицо, какъ прежде, но все *человѣчество* будетъ стремиться къ небытію, въ ничто. Къ счастью пока общество можетъ еще положиться на природу, т. е. заботу о жизни предоставить чувству самосохраненія, опасность, ему грозящая отъ самоубійства, столь ничтожна, что оно ее можетъ перенести.

Не въ такомъ положеніи уже находится дальнѣйшее *продолженіе рода* (Fortpflanzung des Lebens). Половое влеченіе, на которое природа возложила заботу объ этомъ, недостаточно для его

---

[1]) E. von Hartmann, Philosophie des Unbewusten. Berlin. 1869 г. стр. 613. 626.

обезпеченія. Человѣкъ можетъ обмануть природу, мать можетъ вытравить зародышъ жизни, умертвить новорожденнаго, родители его могутъ бросить и оскопить. Здѣсь государству грозитъ опасность, на встрѣчу которой оно должно выступить, и повторяющіяся въ уголовныхъ кодексахъ всѣхъ образованныхъ народовъ карательныя мѣры противъ вытравленія плода, дѣтоубійства, оставленія дѣтей безъ помощи, оскопленія, свидѣтельствуютъ, что государство вполнѣ сознаетъ лежащую здѣсь опасность. Подобныя постановленія начертаны не только изъ вниманія къ ребенку, котораго лишаютъ надежды на жизнь. Здѣсь могла руководить религіозная точка зрѣнія, противъ чего я не спорю, но думаю, что нѣтъ никакой надобности къ ней прибѣгать для оправданія самаго предписанія. Его вполнѣ удовлетворительно объясняетъ чисто мірская точка зрѣнія условій для существованія обществъ: общество не можетъ существовать, когда дальнѣйшее его размноженіе находится въ опасности.

Наше современное право ограничивается одними опредѣленіями противъ опасности, угрожающей наростающему поколѣнію, но нѣтъ недостатка въ примѣрахъ, гдѣ законодательство пыталось оказывать ему положительное содѣйствіе. Съ этой цѣлью издана императоромъ Августомъ lex Julia et Papia Poppaea, вызванная уменьшеніемъ свободнаго населенія въ междоусобныхъ войнахъ и проникшимъ въ Римъ развращеніемъ нравовъ. Она глубоко затрагивала общество, лишая всецѣло или отчасти безбрачныхъ и бездѣтныхъ сдѣланныхъ въ ихъ пользу завѣщательныхъ отказовъ и стѣсняя ихъ иными еще путями сравнительно съ лицами, состоящими въ бракѣ и имѣющими дѣтей. Людовикъ XIV пошелъ еще далѣе, предписавъ въ интересѣ быстрѣйшаго заселенія Канады холостыхъ принуждать къ вступленію въ бракъ. Впослѣдствіи изъ того-же Рима, который во времена Августа издалъ законъ противъ безбрачныхъ, вышло повелѣніе церкви, запрещавшее ея слугамъ вступленіе въ бракъ. Придетъ-ли и когда придетъ католическая церковь къ сознанію того неправа, которое она здѣсь постоянно совершаетъ противъ основнаго закона мірскаго общества—это вопросъ будущаго. Изъ всего вышеизложеннаго до того ясно, что государство, желающее исполнить свои обязанности предъ мірскимъ обществомъ, не должно терпѣть подобнаго пренебреженія его первыхъ жизненныхъ условій, являющагося вмѣстѣ съ тѣмъ грѣхомъ передъ природой, что всякое дальнѣйшее слово здѣсь излишне. Совершенно

иное дѣло, когда кто-либо воздерживается отъ брака добровольно, а не когда *воздержаніе* вынуждено извѣстнаго рода учрежденіемъ (Einrichtung). Такихъ учрежденій государство не должно терпѣть, хотя-бы они носили на себѣ имя религіи, которая здѣсь отождествляется съ общественнымъ заблужденіемъ. Въ Россіи существуетъ секта старообрядцевъ, которая достигаетъ половаго разобщенія не только нравственнымъ путемъ чрезъ обѣтъ безбрачія, но механически чрезъ оскопленіе. Этой сектѣ выпала слава, что она не остановилась предъ тѣми послѣдствіями, предъ которыми отступила католическая церковь, а русскому правительству принадлежитъ заслуга, что оно не обратило вниманія на религіозное вѣрованіе, которымъ прикрывается эта секта и преслѣдуетъ ее всѣми находящимися въ его распоряженіи средствами.

Третье основное условіе для существованія общества есть *трудъ*. Часы существованія общества были-бы сочтены, если всѣ работники, принимая это выраженіе въ широкомъ смыслѣ, какъ означающее всѣхъ тѣхъ лицъ, которыя проявляютъ свою дѣятельность для общественныхъ цѣлей, вздумали постановить рѣшеніе, что они опускаютъ руки въ карманы. Но позаботились о томъ, чтобы это не случилось. Однако, какъ показываетъ опытъ, такая остановка работы въ ограниченныхъ размѣрахъ конечно возможна, напримѣръ при забастовкахъ (Strike) съ цѣлью принудить къ болѣе выгоднымъ условіямъ для рабочихъ, и, конечно, на обязанности государственной власти лежитъ принять противъ этого мѣры въ законодательномъ порядкѣ. Такія мѣры должны связывать соображенія объ интересѣ общества съ соображеніями объ интересахъ рабочихъ и личной свободѣ каждаго.

Къ *торговому обороту* примѣняется то-же, что къ производству. Онъ имѣетъ значеніе условія для существованія общества; но нѣтъ никакой необходимости, чтобы общество предписывало его въ законодательномъ порядкѣ: собственный интересъ побуждаетъ крестьянина везти свой хлѣбъ, гнать свой скотъ на рынокъ, купца продавать свой товаръ. Пользованіе крайней нуждой съ цѣлью повышенія цѣнъ даетъ поводъ законодательству вмѣшаться. Главнѣйшій случай изъ прежняго времени представляло ростовщичество на зерновой хлѣбъ. Телеграфы и желѣзныя дороги дали возможность исключить изъ уголовныхъ кодексовъ понятіе объ этого рода преступныхъ дѣяніяхъ для наилучшаго доказательства, что

руководящимъ основаніемъ въ уголовномъ законѣ служитъ не безнравственность намѣренія, но общеопасность дѣянія.

Я называю до сихъ разсмотрѣнныя четыре основныя условія для существованія общества: самосохраненіе, продленіе рода, трудъ и торгъ —*смѣшанно-правныя* условія для его существованія (gemischt - rechtliche Lebensbedingungen), ибо обезпеченіе ихъ не исключительно или преимущественно принадлежитъ праву, но прежде всего самимъ этимъ вышеназваннымъ влеченіямъ, въ дополненіе къ которымъ присоединяется право въ очень ограниченной степени. Въ противоположность смѣшанно-правнымъ условіямъ стоятъ *чисто-правныя* (rein-rechtliche), относительно которыхъ общество исключительно ограничено однимъ правомъ съ цѣлью ихъ обезпеченія. Чтобы уяснить себѣ существующее между ними рѣзкое различіе, достаточно представить себѣ требованія того и другаго класса условій, выраженныя въ формѣ предписаній. Ни въ одномъ законодательствѣ нѣтъ правила: «ты долженъ сохранять свою жизнь,—размножаться,—ты долженъ трудиться,—торговать», но всюду возобновляются повелѣнія: «ты не долженъ убивать, красть и т. д., ты долженъ уплачивать свои долги, ты долженъ повиноваться государственной власти, платить налоги, нести воинскую повинность». Конечно, государство и въ этихъ послѣднихъ предписаніяхъ не повелѣваетъ ничего такого, чего не требовали-бы дѣйствительные интересы его сочленовъ.

Чтобы въ этомъ убѣдиться, стоитъ только представить себѣ, что этихъ правилъ нѣтъ, и никто не былъ-бы увѣренъ въ безопасности своей жизни и своего имущества. Допустимъ такое общество, въ которомъ нѣтъ никакихъ нравственныхъ правилъ, состоящее исключительно изъ однихъ чистѣйшихъ эгоистовъ, безъ всякой посторонней примѣси, или даже изъ преступниковъ, какъ въ колоніи преступниковъ, или изъ разбойниковъ, какъ въ разбойничьей шайкѣ, то и тамъ эгоизмъ немедленно подниметъ свой голосъ и потребуетъ соблюденія правилъ, которыя государство предписываетъ своимъ членамъ, карая ихъ нарушеніе одинаково или даже гораздо строже, нежели дѣлаетъ это государство. Народный судъ всюду суровѣе, нежели судъ государственный: первый приговариваетъ къ повѣшенію похитителя овцы, второй заключаетъ его только въ тюрьму; уголовное право, быть можетъ, оказываетъ несравнен-

но большее благодѣяніе преступнику, нежели потерпѣвшему отъ преступленія.

Какъ примирить то что тотъ-же самый эгоизмъ, который *нуждается* въ законѣ для своей охраны и, слѣдовательно, долженъ-бы ради себя самого ему повиноваться, тѣмъ не менѣе нарушаетъ этотъ законъ?

Законъ опирается на эгоизмъ, если послѣдній достаточно проницателенъ, что въ состояніи распознать въ охраняемыхъ закономъ цѣляхъ общества свои цѣли. Эгоизмъ возстаетъ противъ закона, если онъ это не распознаетъ, или если даже и распознаетъ, то на этомъ и успокоивается, ожидая, что блага отъ общенія ниспадутъ на него безъ всякихъ съ его стороны усилій, что другіе приносятъ жертву, требуемую общественнымъ интересомъ, а онъ исключительно преслѣдуетъ свою личную выгоду (*частный интересъ* въ противоположность *общественному интересу*). Словомъ, общество имѣетъ за себя *эгоизмъ общественный*, а противъ себя—*эгоизмъ личный*, для подчиненія котораго оно нуждается въ средствахъ принужденія. Если-бы оба интереса, общественный и личный, были прямо противоположны, такъ что каждый долженъ-бы выбирать одинъ изъ нихъ или общество, или свое *я*,—нѣтъ сомнѣнія, куда склонился-бы его выборъ. Но правопорядокъ избавляетъ его отъ такого выбора, онъ облегчаетъ ему возможность *удовлетворять себя на счетъ общества* (sich zu wollen auf Kosten der Gesellschaft). Кто нарушаетъ законъ, тотъ преслѣдуетъ личную цѣль, но вмѣстѣ съ тѣмъ онъ дѣлаетъ запросъ и самому обществу (Wer das Gesetz übertritt will s i c h, aber er will auch die Gesellschaft d a n e b e n).

Все предшествующее изложеніе посвящено вышеприведенному раздѣленію жизненныхъ условій общества на три разряда: внѣшнія, смѣшанно-правныя, чисто-правныя. Основаніе раздѣленія составляетъ отношеніе къ нимъ права. Для дальнѣйшаго изложенія различіе двухъ послѣднихъ разрядовъ не имѣетъ болѣе значенія.

Если всѣ положенія права преслѣдуютъ цѣль обезпечить жизненныя условія общества, то, слѣдовательно, общество становится субъектомъ ихъ цѣли (Zwecksubject). Странный субъектъ, скажутъ мнѣ,—одно лишь отвлеченіе: дѣйствительнымъ субъектомъ можетъ быть одинъ только человѣкъ, отдѣльное лицо, ему въ концѣ концовъ приноситъ каждое положеніе права пользу, будетъ-ли оно относиться къ гражданскому, государственному или уголовному пра-

ву, только его имѣетъ оно въ виду. Совершенно вѣрно! Всѣ правила права, какой-бы ни былъ ихъ предметъ,—лица или вещи, какое-бы ни было ихъ содержаніе,—повелѣнія или запрещенія, обязанности или права, будутъ-ли они относиться къ гражданскому, уголовному или государственному праву,—всѣ они имѣютъ цѣлью человѣка. Но общественная жизнь, соединяя людей общностью постоянныхъ цѣлей въ болѣе развитыя формы, чрезъ это даетъ возможность человѣку проявиться многостороннѣе. Человѣкъ изъ отдѣльнаго существа, индивидуума, становится членомъ высшихъ общественныхъ соединеній. Ставя вмѣсто отдѣльнаго лица эти общественныя соединенія (государство, церковь, союзы), какъ субъекты той цѣли, которую преслѣдуютъ здѣсь правила права, мы не скрываемъ отъ себя того, что они только преемлютъ выгодное дѣйствіе этихъ правилъ, чтобы перенести его на естественнаго человѣка, что, въ концѣ концовъ, всѣ правила права сводятся къ нему. Но это обстоятельство не должно удерживать насъ отъ признанія того разнообразія въ организаціи, помощью которой цѣль права приводится въ исполненіе относительно человѣка, равно отъ расширенія понятія *субъективности* на всѣ тѣ формы, гдѣ отдѣльное лицо является не самостоятельнымъ, но какъ членъ высшаго единства. Техника права должна указать въ какихъ предѣлахъ юристъ можетъ примѣнить эту точку зрѣнія, что здѣсь насъ не занимаетъ. Это не внесетъ путаницы въ образъ мышленія соціалъ—политика (der Socialpolitiker), который, допуская юристу свободно пользоваться ему принадлежащимъ понятіемъ о субъектѣ права, въ свою очередь захочетъ примѣнить въ области права понятіе о субъектѣ цѣли (Begriff des Zwecksubjects) такъ, какъ указываетъ ему его задача. Рѣзко разграничивая эти обѣ точки зрѣнія, я прихожу къ тому, что не признаю за общеполезными учрежденіями *субъективность цѣли* (die Zwecksubjectivität), хотя юристы и признаютъ за ними на основаніи технически совершенно правильныхъ началъ *субъективность права* (die Rechtssubjectivität). Я отношу такія учрежденія къ вещамъ, служащимъ къ общей пользѣ (res publicae). Наоборотъ, я признаю субъективность цѣли не только за отдѣльными лицами, государствомъ, церковью и союзомъ, но также и за обнимающимъ ихъ всѣ *обществомъ*.

Въ этомъ смыслѣ говорилъ я до сихъ поръ о жизненныхъ условіяхъ общества. Все право существуетъ для общества. Не какъ

сказано среди общества, въ этомъ широкомъ смыслѣ, возникаютъ, какъ особые субъекты цѣли (Zwecksubjecte)—отдѣльное лицо, государство, церковь, союзы. По ученію юристовъ всѣ они суть субъекты права, т. е., они имѣютъ свое устройство, создающее ихъ дѣеспособность и правоспособность. Но они не исчерпываютъ все содержаніе права, остается еще излишекъ правилъ права, не относящихся ни къ одному изъ нихъ и для которыхъ нѣтъ другаго исхода, если мы ставимъ вопросъ о субъектѣ цѣли,—что необходимо должно дѣлать относительно каждаго положенія права,—какъ неопредѣленное множество, масса, общество. Мы обозначимъ ихъ: *общественныя положенія права въ тѣсномъ смыслѣ* (Gesellschaftlichen Rechtssätze im engern Sinn).

Все право относится къ этимъ пяти субъектамъ цѣли. Они составляютъ средоточія для цѣлей всего права (die Zweckcentren des gesummten Rechts), вокругъ которыхъ расположены всѣ учрежденія и положенія права. Вся жизнь общества исчерпывается отношеніями, цѣлями, назначеніями этихъ пяти субъектовъ цѣли, здѣсь намѣчена для всѣхъ временъ, правильная схема цѣлей въ правѣ. Я не стану терять напрасно словъ, доказывая, что вышеприведенная моя точка зрѣнія о жизненныхъ условіяхъ общества (Lebensbedingungen der Gesellschaft) вполнѣ согласна съ этой схемой. Представимъ себѣ, что отдѣльное лицо лишено защиты гражданскаго и уголовнаго права, или что государство разрушено (общинъ, судовъ, военнаго устройства и всего что входитъ въ составъ государства), и къ намъ вернется хаосъ до-историческихъ временъ. Стоитъ только упразднить полицію, на обязанности которой лежитъ въ настоящее время защищать по преимуществу интересы общества въ противоположность интересамъ отдѣльныхъ лицъ и государства,—и обществу грозитъ серьезная опасность. Возможно-ли представить себѣ такое общественное состояніе, гдѣ не было-бы *церкви* и *союзовъ* (Vereine)? Очевидно, существуетъ-ли такое состояніе у какого нибудь дикаго народа,—это совершенно безразлично. Я имѣю въ виду, съ моей точки зрѣнія, жизнь культурныхъ народовъ. Но ни одинъ культурный народъ не въ состояніи исполнить свое назначеніе помимо церкви и союзовъ! (Kein Culturvolk aber kann seine Aufgabe lösen ohne Kirche und Vereine).

ЗАЩИТА ЧАСТНАГО ЛИЦА ГОСУДАРСТВОМЪ.

Я не говорю: защита *права*, но защита *государства*. Мы могли бы назвать требованія, обращаемыя государствомъ къ частному лицу, требованіями *права*, ибо они обыкновенно носятъ на себѣ образъ права; но мы не могли-бы назвать правомъ защиту со стороны государства, ибо она не совпадаетъ съ охраной права, государство даетъ частному лицу несравненно болѣе, нежели право.

Кто желаетъ свести свой счетъ съ государствомъ, тотъ долженъ точно разграничить два вопроса. Первый вопросъ: получаю-ли я за мой взносъ соотвѣтствующую равную цѣнность, оплачивается-ли то, что я исполняю для государства тѣмъ, что оно мнѣ доставляетъ? Другой вопросъ: не получаютъ-ли другіе, сравнительно со мной, болѣе, нежели имъ слѣдуетъ, соотвѣтствуетъ-ли началамъ справедливости распредѣленіе между всѣми сочленами благъ государственнаго общенія?

Кто дастъ отрицательный отвѣтъ на первый вопросъ, тотъ или произноситъ обвинительный приговоръ государству, какъ таковому и долженъ, желая быть послѣдовательнымъ, удалиться на необитаемый островъ или въ первобытные лѣса,—или онъ направляетъ свое обвиненіе только на это *опредѣленное* государство и въ такомъ случаѣ онъ долженъ, не желая подчиняться безъ борьбы, стремиться произвести перемѣну въ существующихъ государственныхъ и правовыхъ учрежденіяхъ, или искать вмѣсто этого государства другое, лучшее. То и другое имѣетъ мѣсто и въ томъ случаѣ, если онъ дастъ утвердительный отвѣтъ на первый вопросъ и наоборотъ—отрицательный на второй. Если онъ не одинъ раздѣляетъ такое сужденіе, если оно является настроеніемъ цѣлаго общественнаго разряда, къ которому онъ принадлежитъ, въ такомъ случаѣ такое дѣйствительное или воображаемое состояніе общественной несправедливости влечетъ за собой *переселеніе массами населенія* (попытка плебеевъ въ Римѣ отдѣлиться) или такъ называемую борьбу между классами народа (борьба патриціевъ и плебеевъ, возстаніе крестьянъ въ средніе вѣка, рабочее движеніе настоящаго времени и м. др.).

Дальнѣйшее изложеніе касается исключительно перваго только вопроса, одинъ только поддающійся отвлеченному разсмотрѣнію, тогда какъ второй вопросъ можетъ быть рѣшенъ на основаніи дан-

ныхъ историческихъ состояній. Но и относительно послѣдняго слѣдуетъ сказать вообще, что исторія не мало даетъ примѣровъ такой общественной несправедливости, гдѣ одинъ классъ народонаселенія возвышается на счетъ другаго. Съ этимъ вмѣстѣ я возвращаюсь къ тому возраженію, которое я выставилъ выше противъ даннаго мной опредѣленія права, какъ совокупность путемъ принужденія обезпеченныхъ условій для существованія общества, но тамъ не коснулся его, чтобы имѣть возможность разсмотрѣть его въ связи съ настоящимъ изложеніемъ. Какъ согласовать такое состояніе, подобное извращеніе права, въ интересѣ одного класса, съ тѣмъ положеніемъ, что право имѣетъ цѣлью условія для существованія всего *общества?*

Представимъ себѣ союзъ сильнаго съ слабымъ. Сильный такъ составитъ договоръ товарищества,—предполагая всѣ соображенія, сдерживающія его эгоизмъ, устраненными,—что ему достанется львиная часть (такъ называемая societas leonina). Перенеся это на гражданское общество, окажется: его строй будетъ всегда соотвѣтствовать отношеніямъ господства (Machtverhältnissen) разныхъ слоевъ или классовъ, изъ которыхъ оно состоитъ. Побѣдитель не дастъ побѣжденному народу, включая его въ свой государственный составъ, равное съ собой мѣсто, но поставитъ его въ зависимое положеніе, точно также въ области одного однородно выросшаго народа могущественнѣйшее сословіе выразитъ перевѣсъ своего могущества въ юридическихъ учрежденіяхъ. Неравное право является здѣсь, какъ modus vivendi между сильнѣйшими и слабѣйшими, какъ условіе, съ которымъ связано миролюбивое совмѣстное существованіе обоихъ, и слабѣйшій живѣйшимъ образомъ заинтересованъ въ томъ, чтобы все осталось нетронутымъ, пока не произошло никакихъ перемѣнъ въ первоначальномъ уравновѣшеніи силъ обѣихъ сторонъ. Право, которое предписываетъ ему сильнѣйшій, какъ-бы сурово оно ни было, является сравнительно съ тѣмъ положеніемъ, котораго онъ дождался-бы, если-бы не было и такого права,—для него сравнительно благодѣяніемъ *размѣреннаго* давленія въ противоположность *неизмѣримому*. Произволъ сильнѣйшаго все еще возможенъ, но онъ становится правонарушеніемъ, и мы знаемъ, какое значеніе имѣетъ этотъ нравственный элементъ относительно даже физической силы.

При всей непреложности той истины, что правосудіе составляетъ жизненное начало общества, что оно поэтому является высшей задачей, которую общество должно выполнить, тѣмъ не менѣе было-бы ошибкой не признать, что въ жизни народовъ могутъ быть такія положенія, когда общественная несправедливость временно имѣетъ относительное оправданіе и необходима, подобно многимъ другимъ учрежденіямъ, удержаніе которыхъ надолго не можетъ быть оправдано, напр. рабство. Рабство лучше, нежели убіеніе враговъ; неравномѣрно распредѣленное правъ въ обществѣ лучше простаго насилія и безправія. Право и здѣсь осуществляетъ возложенное на него дѣйствіе: оно обезпечиваетъ условія для существованія общества,— эти послѣднія, какъ доказано было выше, не всюду одинаковыя.

Не безъ нѣкотораго нежеланія возвращаюсь я къ первому изъ постановленныхъ выше вопросовъ. Есть вопросы, которые необходимо возбудить въ послѣдовательной связи развитія понятій, но на которые затрудняешься отвѣчать, потому что отвѣтъ предполагается самъ собой. Къ числу такихъ принадлежитъ и поставленный выше. Мы объяснимъ это въ немногихъ словахъ.

Что даетъ мнѣ государство? Я думаю, что мы должны различать троякую государственную дѣятельность, ограничиваясь разсмотрѣніемъ *непосредственнаго* воздѣйствія со стороны государства, оставляя совершенно въ сторонѣ посредственное его значеніе на развитіе общественной жизни.

Первое, что даетъ мнѣ государство, это есть защита извнѣ. Въ наше настоящее время значительнѣйшая доля народной силы, личной и имущественной, посвящается на защиту внѣшнюю. Сравнительно съ тѣмъ, что каждый вноситъ для этой цѣли, отбывая воинскую повинность и платя причитающуюся на его долю часть изъ военнаго бюджета, всѣ остальныя его повинности предъ государствомъ почти не имѣютъ никакого значенія. Ни одно благо, которымъ располагаетъ народъ, не оплачивается столь дорого, какъ самостоятельность государственнаго строя и огражденіе національности. Ни одинъ народъ, сознающій себя таковымъ, никогда не считалъ ихъ слишкомъ дорого стоющими; когда было нужно, онъ приносилъ добровольно несравненно большія жертвы, нежели тѣ, которыя отъ него требовало государство.

Второе благо есть защита внутри права. Нѣтъ ни одного блага, которое, будучи разъ народомъ пріобрѣтено, такъ дешево

приходилось-бы отдѣльному лицу сравнительно съ его неоцѣнимой стоимостью, какъ обезпеченность въ правѣ. Предки внесли высокую покупную его цѣну, потомки несутъ однѣ издержки на его поддержаніе.

Самое низкое мѣрило, по которому можно было-бы разечесть стоимость этого блага, есть мѣрило имущественное: денежная стоимость обезпеченности въ правѣ для собственности. До какой высокой цифры доходитъ эта стоимость, показываетъ сравненіе цѣнъ на поземельную собственность въ христіанскихъ городахъ Европы и въ Турціи. Если-бы Турція могла стать участницей нашихъ порядковъ въ правѣ, то цѣнность поземельнаго владѣнія немедленно возрасла-бы вдвое и болѣе. Даже внутри европейскихъ культурныхъ государствъ пониженіе цѣнъ на земли при значительныхъ политическихъ сотрясеніяхъ показываетъ, какое оказываетъ вліяніе обезпеченность въ правѣ на общую стоимость собственности: что въ подобныя времена теряется въ цѣнѣ, должно относить на счетъ права.

Наконецъ, какъ ничтожна обезпеченность въ правѣ для собственности сравнительно съ обезпеченностью личной! Я забылъ-бы, предъ какой публикой говорю, если-бы сталъ здѣсь тратить одно лишь слово. Выше я уже разсматривалъ нравственное вліяніе обезпеченности въ правѣ на развитіе характера.

Но я все-таки долженъ сдѣлать *одно* исключеніе. Оно касается значенія обезпеченности въ правѣ для преступника. Никто, можно-бы подумать, такъ мало не имѣетъ основаній воспѣвать хвалу праву, какъ преступникъ, ибо оно для него сводится къ преслѣдованію и тюрьмѣ. И однако, какъ-бы ни казалось это парадоксально, я утверждаю: именно онъ имѣетъ на это всего болѣе основаній. Тотъ-же уголовный законъ, который поднимаетъ надъ нимъ одну руку съ угрозой, простираетъ другую для защиты, чтобы оградить преступника отъ мести,—онъ *охраняетъ* его, *преслѣдуя*. Чтобы убѣдиться въ правильности этого взгляда, надо знать, какая участь постигаетъ преступника тамъ, гдѣ недостаточныя полицейскія правовыя учрежденія вызываютъ уголовное правосудіе самого народа. Народъ вздергиваетъ вора на первое попавшееся дерево, въ государствѣ онъ совершаетъ кражу подъ охраной закона.

Третье благо, доставляемое государствомъ своимъ членамъ, заключается въ тѣхъ общественныхъ учрежденіяхъ и заведеніяхъ,

которыя оно создало въ интересѣ общества. Въ этомъ отношеніи, казалось-бы, проявляется нѣкоторая несправедливость. Какое дѣло крестьянину до университетовъ, музеевъ, библіотекъ? А все-таки онъ обязанъ платить на ихъ содержаніе. Но если онъ участвуетъ въ содержаніи этихъ учрежденій для меня, ученаго, то и я участвую въ содержаніи учрежденій, служащихъ для его интереса, на которыя я обязанъ точно также дѣлать съ своей стороны взносы. Кромѣ того, какъ малы эти взносы и какъ они вознаграждаются окончательно для всего общества! Сельско-хозяйственная химія Либиха оказала такія услуги земледѣлію, для измѣренія которыхъ нѣтъ никакого мѣрила,—она возникла въ лабораторіи гиссенскаго университета. Гаусъ и Веберъ произвели первые опыты надъ электро-магнитнымъ телеграфомъ въ обсерваторіи гöттингенскаго университета. Имущественная стоимость совершенно развитаго телеграфнаго дѣла не поддается никакому исчисленію.

Кажется, болѣе, чѣмъ достаточно! Нѣтъ надобности въ наукѣ, чтобы уяснить мыслящему человѣку, до какой степени государство имѣетъ для него значеніе, достаточно открыть глаза, чтобы въ этомъ убѣдиться. Но, конечно, если вѣрить обычнымъ сѣтованіямъ на бремя и стѣсненія, налагаемыя государствомъ, можно-бы подумать, что оно является скорѣе бѣдствіемъ, нежели благодѣяніемъ. Выгоды, имъ даваемыя, принимаютъ, какъ само собой понятное,—на то вѣдь создано государство! Или, правильнѣе, сознаніе о немъ не существуетъ вовсе; здѣсь повторяется то же, что съ желудкомъ, о немъ говорятъ, когда на него жалуются, его чувствуютъ, гдѣ онъ причиняетъ боль. Въ настоящее время все дѣлаютъ доступнымъ для пониманія народа: природу, исторію, искусство, технику; нѣтъ ни одного почти предмета, о которомъ не могъ-бы каждый необразованный пріобрѣсти свѣдѣній изъ общедоступныхъ сочиненій. Исключеніе отсюда представляютъ только государство и право, столь близко его касающіяся. Не только образованный, но также всякій человѣкъ изъ народа, должны имѣть возможность познакомиться съ тѣмъ, что они для него дѣлаютъ и почему они въ существенномъ не могутъ быть устроены иначе. Прежде я думалъ восполнить этотъ недостатокъ помощью катехизиса о правѣ для народа, разсчитывая на горожанъ и крестьянъ. Предо мной являлась мысль примирить непредубѣжденное мнѣніе съ учрежденіями, противъ которыхъ оно такъ часто возстаетъ, представить за-

щиту права и государства на судъ простаго здраваго человѣческаго разума. Но я сознаю, что такая задача превосходитъ мои силы: пусть за нее возмется кто-либо другой. Кто правильно ее исполнитъ, тотъ окажетъ великую услугу обществу, но онъ долженъ мыслить, какъ философъ, а говорить, какъ крестьянинъ.



УЧРЕДИТЕЛЬСТВО И ЖЕЛѢЗНЫЯ ДОРОГИ.

ОЧЕРКИ ЖЕЛѢЗНОДОРОЖНАГО ПРАВА.

СТАТЬЯ

Александра Борзенко.

Учредительство и желѣзныя дороги.

I.

Учредительство.

„Der Vorgang saloppen Vertragsbildungen...“
Dr. Meili, Studien, Zeitschr. f. d. g. Handelsrecht. XXIV. 357.

„...die praktische Unentbehrlichkeit der comités bildet in der That ein unerlässliches Postulat unseres heutiges Lebens“.
R. von Ihering, dogm. Jahrb. XVIII. 19.

«*Мнѣніе*» (Rechtsgutachten), переводъ котораго мы здѣсь предлагаемъ, составлено извѣстнымъ нѣмецкимъ ученымъ Рудольфомъ фонъ Іерингъ по поводу иска, предъявленнаго мѣстнымъ «комитетомъ» въ Швейцаріи къ акціонерному обществу о сооруженіи вѣтви желѣзной дороги. Оно распадается на три части. Первая часть посвящена вопросу о правоспособности, такъ называемыхъ, «учредительныхъ комитетовъ» и «учредителей». Во второй—авторъ развиваетъ свой взглядъ на значеніе интереса въ правѣ, дополняя высказанное имъ ранѣе въ двухъ замѣчательныхъ трудахъ: «духъ римскаго права» и «цѣль въ правѣ». «Каждое право (субъективное), говоритъ Іерингъ въ первомъ изъ названныхъ произведеній,—въ области гражданскаго права существуетъ для того, чтобы доставлять человѣку какую-либо выгоду,—служить удовлетвореніемъ его потребностей.... Поэтому содержаніе каждаго права составляетъ какое нибудь *благо*..... Съ представленіемъ о благѣ связано понятіе *стоимости* и *интереса*. Стоимость даетъ мѣру *годности* блага. Интересъ ставитъ стоимость въ соотношеніе съ особыми цѣлями и положеніемъ лица» (Geist des röm. Rechts, III. 1 стр. 318—15). Такое опредѣленіе права, какъ «*блага*», распадающагося на двѣ составныя части, «стоимость» и «интересъ», полу-

20

чаетъ дальнѣйшее свое развитіе въ представленіи о справедливости, которая не есть только воздаяніе каждому должнаго: relatio quaedam convenientiae, но имѣетъ значеніе силы, вносящей общественное и нравственное равновѣсіе. «*Общественное равновѣсіе* есть уравненіе сталкивающихся и борющихся цѣлей,—уравненіе распредѣленія общественныхъ обязанностей, которыя должны распадаться такимъ образомъ, чтобы каждый несъ не болѣе того, что онъ можетъ. *Нравственное равновѣсіе* касается съ одной стороны дѣятельности отдѣльныхъ лицъ и связанныхъ съ нею въ правѣ послѣдствій, съ другой—интереса общественнаго..... Для своего развитія общество должно быть увѣрено въ полнѣйшей преданности отдѣльныхъ лицъ цѣлямъ общественнымъ, и эту увѣренность оно тогда только пріобрѣтетъ, когда будетъ вполнѣ вознаграждать каждаго за оказанное имъ содѣйствіе» (der Zweck im Recht. I стр. 357—59).

Право есть благо, справедливость есть сила, обезпечивающая за каждымъ это благо, ограждающая его отъ давленія со стороны отдѣльныхъ лицъ и цѣлаго общества, если такое давленіе стѣсняетъ дѣятельность одного, давая преимущество другому, если подчиненіе обществу не вознаграждается.

Наконецъ, третья часть «мнѣнія» (Rechtsgutachten) содержитъ ученіе о, такъ называемой, «*непреодолимой силѣ*» (vis major).

Большая часть «мнѣнія» посвящена изложенію и подробному развитію вопроса объ «интересѣ и правѣ». Весь этотъ отдѣлъ книги знаменитаго профессора, по его личному свидѣтельству, есть плодъ «долголѣтняго труда» и носитъ на себѣ не только печать громаднаго значенія источниковъ римскаго права, но представляетъ новую систему интересовъ, защищаемыхъ правомъ. Мы помнимъ, когда профессоръ Іерингъ на своихъ лекціяхъ говорилъ о томъ, до какой степени доходило въ XVII и XVIII ст. знаніе источниковъ римскаго права, указывая, что тогда не въ рѣдкость было встрѣтить юриста, который не затруднялся предъ раскрытымъ глоссированнымъ изданіемъ пандектъ и могъ послѣдовательно назвать тѣ слова на каждой дальнѣйшей страницѣ, которыя должна была пронизывать вкалываемая игла, смотря по тому, въ какое слово на первой раскрытой страницѣ она была всажена. Подобное знаніе источниковъ права напоминаютъ приводимыя въ настоящемъ изслѣ-

дованіи ученаго профессора обильныя ссылки, съ тою разницею, что онѣ не случайно нанизаны, но сведены въ систему.

Не только по объему, занимаемому въ настоящей книгѣ, но и по теоретическому значенію своему, ученіе объ интересѣ и правѣ господствуетъ надъ остальными частями изслѣдованія. Поэтому мы рѣшились дать русскому переводу труда профессора Іеринга заглавіе, ближе соотвѣтствующее главному предмету, которому посвящено все изслѣдованіе: *«интересъ и право»*.

Но мы не можемъ оставить безъ вниманія непосредственный поводъ, которому наука права обязана появленіемъ настоящаго труда, который есть «мнѣніе» (Rechtsgutachten) юриста о частномъ случаѣ въ правѣ. Этотъ случай возникъ изъ особенностей желѣзнодорожныхъ отношеній, какъ онѣ сложились въ Швейцаріи, гдѣ частная иниціатива и денежныя средства отдѣльныхъ лицъ, общинъ, кантоновъ послужили для сооруженія сѣти желѣзныхъ дорогъ. «Учредители» начинали дѣло, избирали направленіе дороги, открывали подписку на ея сооруженіе, все это дѣлалось въ интересѣ отдѣльной мѣстности и на мѣстныя средства. Когда сознаніе о полезности предположенной паровозной дороги достаточно укрѣплялось въ общественномъ мнѣніи мѣстныхъ жителей, тогда «учредители» обращались къ правительству союза за разрѣшеніемъ концессіи на дорогу и составляли договоръ о ея сооруженіи и эксплоатаціи съ акціонернымъ обществомъ.

Во всемъ дѣлѣ самое выдающееся положеніе занимаютъ «учредители». Они организуются въ формѣ «комитетовъ, учредительныхъ обществъ», составляютъ договоры, открываютъ подписки, получаютъ взносы, составляютъ уставы. Какое значеніе имѣютъ «учредители, комитеты»? Въ предлагаемомъ здѣсь трудѣ профессора Іеринга мы находимъ признаніе ихъ силы и значенія въ правѣ. «Комитетъ, учредители» становятся «замѣстителями, представителями» того круга лицъ, въ интересѣ которыхъ они дѣйствуютъ.

Вслѣдъ за появленіемъ труда Іеринга, въ германской литературѣ два новыя изслѣдованія посвящены изученію положенія въ правѣ «учредителей». Одно принадлежитъ швейцарскому адвокату *Мейли* (Meili) [1]), другое, еще неоконченное,—члену лейпцигскаго

---

[1]) Вотъ полное заглавіе названнаго сочиненія: Dr. Meili, Advokat in Zürich,—Studien über die rechtliche Natur und Wir-

высшаго коммерческаго суда *Винеру* (Wiener) [1]. Названные писатели стоятъ въ прямомъ противоположеніи относительно взгляда, ими высказываемаго по вопросу о значеніи «учредителей» въ правѣ.

По мнѣнію Мейли, «учредители» лишены всякой юридической опредѣленности, такъ какъ они являются «случайно собравшимися лицами»; здѣсь «нѣтъ дѣйствительнаго, осязаемаго субъекта» ни относительно пріобрѣтенія правъ, ни относительно заключенія договоровъ, такъ какъ ничто не связываетъ учредителей ни между собой, ни съ неопредѣленной толпой подписчиковъ, участвующихъ своими вкладами въ задуманномъ предпріятіи, ни съ составленнымъ изъ взносовъ капиталомъ. Въ самомъ дѣлѣ, спрашиваетъ Мейли, къ какого рода извѣстному въ правѣ отношенію можно было-бы пріурочить возникшій для приведенія въ исполненіе общеполезнаго предпріятія «комитетъ или общество учредителей»?

«Комитетъ или общество учредителей» не имѣетъ значенія *акціонернаго общества*, потому что здѣсь нѣтъ математически точно опредѣленнаго основнаго капитала, предназначаемаго для осуществленія цѣлей «общества или комитета». Напротивъ того, каждый новый вкладчикъ охотно принимается, не стѣсняясь указанной нормой капитала, который долженъ быть составленъ изъ взносовъ членовъ, акціонеровъ.

«Комитетъ или общество учедителей», дѣятельность которыхъ направлена на достиженіе общеполезныхъ цѣлей, могли-бы быть причислены къ *корпораціямъ государственнымъ*. Но, возникая безъ всякаго признанія со стороны государственной власти, они не могутъ быть отнесены къ корпораціямъ государственнымъ, ибо, по швейцарскимъ гражданскимъ законамъ, необходимо признаніе корпораціи государствомъ: «staatliche (oder Kirchliche) Korporationen bedürfen ihrer Entstehung der Genehmigung des Staates, welche

---

kung der von einer Eisenbahn-Gesellschaft gegenüber Gründungs-Gesellschaften oder Comités eingegangenen Verpflichtung zum Bau und Betrieb einer Eisenbahn.

[1]) Reichs-Oberhandelsgerichts-Rath Wiener, in Leipzig,— Die Errichtung der Aktiengesellschaft und die Gründer-Verantwortlichkeit.

Оба изслѣдованія помѣщены въ Zeitschrift für das gesammte Handelsreht, 1879 года.

nach Massgabe der organischen Gesetze einholen» (§ 19 des Zürcherischen Civilgesetzes).

Комитетъ или общество учредителей и не могутъ быть отнесены также къ разряду *частныхъ корпорацій, въ значеніи лицъ юридическихъ*. Правда, что для возникновенія частной корпораціи нѣтъ надобности въ признаніи ея со стороны государственной власти, но тѣмъ не менѣе, они не могутъ создаваться безъ соблюденія всякой формы. Если нѣтъ необходимости въ государственномъ признаніи, то для составленія частной корпораціи нужно:

1) *Имущество корпораціи*, которое давало-бы возможность преслѣдовать ея цѣли, и

2) *Соглашеніе членовъ корпораціи*, которое выражается въ *уставѣ* ея. Имущество и уставъ корпораціи, хотя безъ утвержденія со стороны государственной власти,—вотъ два необходимыя условія для составленія частной корпораціи. Здѣсь недостаточно одного общаго рѣшенія (Beschluss) многихъ лицъ, изъявляющихъ желаніе на осуществленіе какого-либо предпріятія; такое общее рѣшеніе не устанавливаетъ юридической связи между лицами, не создаетъ имущества, предназначаемаго для исполненія желаемаго предпріятія. «Комитетъ или учредительное общество», не имѣя ни имущества, ни устава, созданные однимъ только общимъ постановленіемъ, не могутъ быть признаны юридическимъ лицомъ въ смыслѣ частной корпораціи. Правильность такого мнѣнія опирается на постановленіи цюрихскаго гражданскаго уложенія, § 20:

«Rein privatrechtliche Korporationen, welche zu einem wissenschaftlichen oder Kunstlerischen oder sonst zu einem gemeinnützigen oder zu einem erlaubt geselligen Zwecke gebildet werden, bedürfen zu ihren Entsstehung lediglich der in den Korporatiosstatuten festzustellenden Uebereinkunft mehreren Korporationsglider».

«Комитетъ или учредительное общество», продолжаетъ далѣе Мейли, не имѣютъ значенія обыкновеннаго товарищества, потому что число членовъ, входящихъ въ ихъ составъ, ничѣмъ не опредѣлено. Для товарищества (societas) необходимо означеніе его членовъ, потому что оно не образуетъ субъекта правъ, отдѣльнаго отъ своихъ членовъ; товарищество не заслоняетъ товарищей, подобно тому, какъ это происходитъ въ корпораціи, гдѣ искуственно соз-

данный субъектъ права имѣетъ значеніе единства, независимаго отъ отдѣльныхъ членовъ корпораціи.

Не находя ни одной формы въ правѣ, куда можно было-бы отнести «комитеты или учредительныя общества», Мейли видитъ въ нихъ проявленіе «безпорядочнаго правообразованія», откуда можно извлечь одно лишь поученіе: создаваемое правоотношеніе тогда только можетъ имѣть силу и значеніе, когда не только обязавшійся, но и то лицо, предъ кѣмъ принято обязательство, будетъ точно опредѣлено. Для права имѣетъ значеніе не только промитентъ, но и промиссаръ.

Мы увидимъ, съ какой силой напалъ на подобное поучающее отношеніе къ жизни и создаваемымъ ею явленіемъ въ своемъ «мнѣніи» Іерингъ, съ какимъ негодованіемъ отвергаетъ онъ доктринерскую рутину ученыхъ, готовыхъ, для спасенія школьныхъ своихъ идей, отвергнуть полезное, забывая, что теорія должна «изъ жизни поучаться» (aus dem Leben lernen), отсюда черпая свое значеніе для жизни и право «поучать въ жизни» (das Leben lehren).

Изслѣдованіе *Винера* посвящено изученію правоспособности и отвѣтственности «учредителей» акціонерныхъ компаній, ограничиваясь одними этими компаніями, не касаясь вовсе той обширной учредительской дѣятельности, которая вызывается потребностями и состояніемъ отношеній въ современномъ обществѣ, гдѣ «учредители, комитеты» организуются не только для составленія акціонерныхъ компаній, но для осуществленія цѣлей благотворительныхъ, для выраженія національныхъ стремленій, религіозныхъ идей, политическихъ, научныхъ, художественныхъ требованій, охватившихъ значительный кругъ лицъ. Нигдѣ до сихъ поръ законъ не коснулся этого ряда явленій; онъ не далъ имъ опредѣленія, предоставивъ отдѣльнымъ изслѣдователямъ указать здѣсь опредѣляющее правило. Юристъ не можетъ ссылаться на недостатокъ закона; онъ долженъ и помимо законнаго опредѣленія составить понятіе для существующихъ отношеній: «jurisconsultus sine lege loquens erubescit». Мы видѣли, какъ отнесся къ вопросу объ «учредителяхъ» цюрихскій адвокатъ Мейли: для него это безпорядочное правообразованіе (saloppe Rechtsbildung). Наоборотъ, Іерингъ видитъ въ такихъ «учредителяхъ» ничто иное, какъ совмѣстную дѣятельность нѣсколькихъ замѣстителей (Ersatzmann), дѣйствующихъ отъ своего имени, но въ интересѣ своихъ довѣрителей, т. е.,

тѣхъ отдѣльныхъ подписчиковъ, участниковъ, членовъ и иными терминами обозначаемыхъ лицъ, которыя оказываютъ содѣйствіе начатому «учредителями» предпріятію какого-бы оно ни было характера,—имущественнаго или религіознаго, благотворительнаго или политическаго, художественнаго или торговаго. Здѣсь Іерингъ примѣняетъ правило созданнаго имъ въ правовѣдѣніи направленія, которое должно быть не только *познающимъ* (receptive Jurisprudenz), но и *творящимъ право* (productive Jurisprudenz), т. е., правило для жизненныхъ явленій, изъ ихъ содержанія черпая опредѣляющія правила, приводя въ сознаніе разумное начало въ жизненномъ явленіи, а не сдавливая его въ правилахъ школьной рутины, помня указаніе римскихъ юристовъ о томъ, что право создается не правиломъ, но дѣйствительностью: «non ex regula jus summatur, sed ex jure, quod est regula fiat».

Ученіе Іеринга изложено въ предлагаемомъ переводѣ его «Мнѣнія» (Rechtsgutachten). Мы позволимъ себѣ сдѣлать нѣсколько указаній на трудъ Винера [1]) объ учедителяхъ акціонерныхъ компаній.

---

[1]) Мы не можемъ удержаться отъ одного замѣчанія по поводу труда Винера.

Мы привыкли довѣрять точности ссылокъ, приводимыхъ въ нѣмецкихъ ученыхъ изслѣдованіяхъ и всегда думали, что небрежное отношеніе къ источникамъ и литературѣ, на которыхъ авторъ основываетъ свои изслѣдованія, не только свидѣтельствуетъ о поверхностномъ его знакомствѣ съ предметомъ, но и причиняетъ громадный вредъ читателю, который, повѣряя важную для него ссылку, вмѣсто требуемаго разъясненія, попадаетъ въ совершенно чуждый ему кругъ явленій. Авторъ берется указать дорогу къ желаемой цѣли и лишаетъ васъ возможности попасть на правильный путь; вмѣсто просимаго хлѣба, въ рукахъ у васъ окажется обременяющій васъ камень. Изслѣдованіе Винера запятнано этимъ существеннымъ недостаткомъ. Онъ дѣлаетъ ссылки на практику французскихъ судовъ, признающихъ action directe третьихъ лицъ къ акціонерамъ, указываетъ на извѣстный сборникъ — Recueil periodique de jurisprudence Dalloz'a и нѣтъ ни одной правильной цитаты судебныхъ рѣшеній во всемъ громадномъ пр. 23. Въ пр. 33 приводится сочиненіе белгійскаго ученаго N a m u r, Cours de droit commercial; ссылка должна относиться къ акціонернымъ компаніямъ. Обратившись къ названному автору, вы находите свѣдѣнія объ ordonnance de commerce 1673 года Луи XIV. Чѣмъ-бы это объяснить? Вѣдь трудъ Винера помѣщенъ въ весьма роскошно издаваемой Zeitschrift f. d. g. Handelsrecht. Но довольно о недостаткахъ, мы все таки считаемъ себя въ долгу у автора благодарностью за данныя имъ объясненія изучаемаго здѣсь предмета.

У Винера мы не встрѣтимъ стремленія опредѣлить существующее въ дѣйствительности правоотношеніе и возвести свое воззрѣніе на степень положеній для неопредѣленныхъ еще въ законѣ явленій. Онъ постоянно ищетъ опоры въ законѣ и судебной практикѣ, не рѣшаясь стать впереди ихъ, какъ руководитель въ пониманіи права. Но въ изслѣдованіи Винера мы найдемъ внимательное изученіе положеній закона объ учредителяхъ. Какой обликъ получаютъ здѣсь учредители?

«Fondateur»—«учредитель» впервые появляется въ французскомъ законѣ 17-го іюня 1856 года о коммандитахъ на акціяхъ, т. е., о товариществахъ на вѣрѣ, гдѣ участвуютъ товарищи полные и вкладчики опредѣленныхъ только взносовъ, какъ акціонеры. «Учредители» встрѣчаются въ другомъ законѣ, отмѣнившемъ только что упомянутый,—въ общемъ законѣ о товариществахъ 24-го іюля 1867 года,—loi sur les sociétés. Здѣсь въ качествѣ учредителей (fondateur apporteur) являются тѣ лица, которыя создаютъ предпріятіе, составляютъ уставъ, созываютъ первыя общія собранія акціонеровъ и обращаются къ капиталу съ приглашеніемъ о принятіи участія. Вкладчикъ-же (associé apporteur) остается чуждъ возникновенію предпріятія и всѣхъ дѣйствій, относящихся къ образованію товариществъ. Онъ не заботится объ опредѣленіи основнаго капитала товарищества,—срока для существованія предпріятія, о выпуске акцій, объ устройствѣ собраній акціонеровъ, акціонеръ не открываетъ подписки, не опредѣляетъ назначенія собраннаго капитала, не составляеть объявленій объ учрежденіи товарищества.

Различіе «учредителей» отъ акціонеровъ здѣсь однако нисколько не выясняется, потому что важно не только различать степень и родъ участія тѣхъ и другихъ въ предпріятіи, создаваемомъ «учредителями», но необходимо опредѣлить положеніе учредителей» относительно третьихъ лицъ и акціонеровъ, т. е., правоспособность ихъ со стороны внѣшней и со стороны внутренней.

Относительно соблюденія предписанія объ исходатайствованіи дозволенія на предпріятіе «учредители»—fondateur apporteur—сравнены съ «вкладчиками» associé apporteur—потому что вкладчикъ содѣйствуетъ также предпріятію: «qui fait l'apport est tout au moins au nombre des promoteurs de l'entreprise». Такое уравненіе понятно въ томъ случаѣ, когда предполагаемая компанія дѣйствительно состоится и учредители войдутъ въ число ея членовъ, не-

ся одинаковую съ ними отвѣтственность за несоблюденіе требованій закона о представленіи просьбы на дозволеніе предпріятія.

Съ этой точки зрѣнія учредитель имѣетъ значеніе только *перваго по времени члена составляемаго общества*. Поэтому, если всѣ участвующіе въ предпріятіи одновременно составятъ основной капиталъ общества и удостовѣрятъ это въ acte de societé, то всѣ они имѣютъ значеніе учредителей»: «sämmtliche Betheiligte sind in diesem Falle als fondateurs zu erachten» (Wiener, die Errichtung der Aktiengeselschaft und die Gründerverantwortlichkeit, стр. 13).

Такъ опредѣляетъ Винеръ внутреннюю сторону отношеній «учредителей» къ остальнымъ участникамъ въ предпріятіи. Учредитель имѣетъ значеніе перваго по времени члена будущаго общества.

Ничѣмъ не отличаются «учредители» отъ остальныхъ членовъ общества въ положеніи своемъ относительно третьихъ лицъ. Третьи лица, вѣрители общества, имѣютъ прямое исковое требованіе ко всѣмъ членамъ общества. До тѣхъ поръ, пока общество не составилось, тѣ лица, которыя приняли на себя заботу о его образованіи, несутъ сами всѣ связанныя съ этимъ издержки. Но сдѣланныя ими затраты возвращаются по образованіи общества, когда оно утверждаетъ сдѣлки, совершенныя учредителями, которые теперь становятся членами общества наравнѣ съ другими. Мало того, третьи лица, съ которыми учредители общества заключили сдѣлки, становятся вѣрителями составившагося общества и въ правѣ предъявлять непосредственно исковое требованіе къ членамъ общества, какъ могли они это сдѣлать до образованія общества относительно его учредителей, съ которыми заключили обязательственное отношеніе. Признаніе за третьими лицами правъ на непосредственный искъ къ отдѣльнымъ акціонерамъ, помимо составленнаго ими акціонернаго общества, находится не въ законѣ, но выработано теоріей права. Вотъ слова одного изъ извѣстнѣйшихъ французскихъ цивилистовъ, Тролона: «я думаю, что даже третьи лица, заключившія договоръ съ обществомъ, оказавшимся несостоятельнымъ, имѣютъ право (ont qualité) непосредственно обратить взысканіе къ акціонерамъ, не сдѣлавшимъ полнаго взноса по своимъ акціямъ. Взносъ каждаго акціонера служитъ обезпеченіемъ относительно третьихъ лицъ; оно за ними укрѣплено; они должны поэтому имѣть право предъявлять искъ непосредственно къ акціонеру, не сдѣлавшему еще своего взноса. Конечно, всякій искъ къ акціо-

нерамъ погашается тогда, когда они совершили свои взносы; съ этого момента между ними и третьими лицами возникаетъ раздѣльная стѣна. Но когда этого они не сдѣлали, то нѣтъ основанія къ отводу иска (fin de non-recevoir) третьяго лица. Допустимъ, что акціонеры обратили часть основнаго капитала на уплату слѣдующаго имъ дивидента: то не-уже-ли въ такомъ случаѣ третьи лица не будутъ имѣть права предъявить непосредственно къ нимъ искъ потому только, что они скрываются подъ покровомъ анонимности общества? Отчего не признать такихъ правъ на искъ за третьими лицами противъ акціонеровъ непосредственно, если они не внесутъ сполна слѣдующихъ съ нихъ денежныхъ суммъ за пріобрѣтенныя акціи»? [1]) Если предположенное общество не составилось по какой-либо причинѣ, то въ такомъ случаѣ третьи лица, заключившія договоры съ учредителями, имѣютъ право на искъ не только противъ учредителей, но также къ лицамъ, заявившимъ желаніе принять участіе въ несостоявшемся обществѣ, если оно не могло быть составлено вслѣдствіе отказа этихъ лицъ утвердить на общемъ собраніи дѣйствія учредителей, а не потому только, что никто не заявилъ желанія быть членомъ предположеннаго общества (ср. Wiener, ib. пр. 19 и стр. 14—16). Слѣдовательно, относительно третьихъ лицъ, съ которыми учредители заключили сдѣлки, отвѣчаютъ одинаково учредители и члены, поэтому между ними нѣтъ никакой разницы въ ихъ положеніи съ внѣшней стороны къ третьимъ лицамъ. На это особенно наглядно указываетъ то, что учредители одни несутъ отвѣтственность по заключеннымъ ими сдѣлкамъ, когда прочіе члены отсутствуютъ совершенно, т. е., когда нѣтъ вовсе участвующихъ въ предположенномъ обществѣ. Кому-же и отвѣчать въ такомъ случаѣ, какъ не тѣмъ, кто, задумавъ устроить общество, въ этомъ не имѣлъ успѣха, но ради своего призрачнаго предпріятія заключалъ сдѣлки съ третьими лицами, ставшими вѣрителями по отношенію къ тѣмъ, съ кѣмъ именно они входили въ соглашеніе? Здѣсь мы видимъ непосредственную связь договаривающихся и «учредителей», послѣдніе не занимаютъ никакого особаго положенія къ вѣрителямъ общества. Одно изъ двухъ, или общество составится, и въ такомъ случаѣ учредители превращаются въ

---

[1]) Troplong, le droit civil expliqué—du contrat de société, t. 1, № 457.

его членовъ, отвѣчая наравнѣ съ ними предъ вѣрителями, третьими лицами, съ которыми совершена сдѣлка,—или предположенное общество не возникнетъ, и учредители, ничего не учредивъ, останутся въ положеніи отдѣльныхъ лицъ, отвѣтственныхъ предъ своими контрагентами.

Такое положеніе «учредителей» вполнѣ соотвѣтствуетъ особенностямъ акціонерныхъ обществъ, гдѣ число членовъ точно опредѣлено и имъ ведутся списки, поэтому третьимъ лицамъ нѣтъ никакого труда розыскать своихъ должниковъ, нѣтъ надобности ограничиваться одними «учредителями» при требованіи удовлетворенія, которое одинаково распространяеся на всѣхъ участвующихъ, хотя-бы предположенное общество и не возникло, лишь-бы были участники. А не возникнуть оно можетъ оттого, что не состоится приговора общаго собранія акціонеровъ, они тѣмъ не менѣе подлежатъ отвѣтственности предъ третьими лицами, съ которыми входили въ соглашеніе учредители.

Но если участвующіе въ предпріятіи, задуманномъ учредителями, не могутъ быть указаны, когда взносы напр. поступаютъ «отъ неизвѣстнаго», когда число ихъ ничѣмъ не опредѣлено, тогда надъ этой неизвѣстной и неисчислимой массой участвующихъ остается одинъ опредѣленный составъ лицъ—это и есть «учредители». Положеніе въ правѣ такого рода «учредителей», за которыми нѣтъ никакого опредѣленнаго соединенія, не пытается вовсе опредѣлить Винеръ въ названномъ своемъ трудѣ. Онъ держится опредѣленныхъ въ законѣ явленій, разъясняя ихъ рѣшеніями судебной практики, не идя далѣе простаго познающаго правовѣдѣнія (receptive Jurisprudenz). Наоборотъ, Іерингъ взялся изслѣдовать нигдѣ неопредѣленныя явленія дѣйствительности и создалъ имъ юридическое положеніе (productive Jurisprudenz). Мы указали на трудъ Винера, чтобы показать на примѣрѣ, какъ одинаковое отношеніе, различно изслѣдуемое, или утрачиваетъ всякое самостоятельное значеніе, или пріобрѣтаетъ необыкновенный блескъ и силу, становясь «необходимымъ проявленіемъ нашего настоящаго быта». Безъ этого чувство общественности, связующее людей, чувство любви къ ближнему были-бы осуждены на бездѣйствіе и государство произвольно лишало-бы само себя содѣйствія могущественнѣйшихъ членовъ общества въ преслѣдованіи общественныхъ цѣлей». (Р. Іерингъ, интересъ и право, стр. 18).

Таково значеніе «учредителей» для общества, и право не можетъ равнодушно или враждебно отнестись къ подобному явленію, не спрашивающему, есть-ли соотвѣтствующая ему статья въ законѣ, но опирающемуся на очевидно приносимую имъ пользу. Правовѣдѣніе должно понять неразъясненное и опредѣлить неопредѣленное. Заслуга Іеринга состоитъ въ томъ, что онъ изслѣдовалъ и опредѣлилъ положеніе въ правѣ «учредителей», не смотря на отрицательное отношеніе къ этому предмету со стороны всѣхъ безъ исключенія современныхъ юристовъ. Къ нимъ Іерингъ не знаетъ снисхожденія: «если выше правовѣдѣніе, говоритъ онъ, приводитъ къ результатамъ, отъ которыхъ волосы становятся дыбомъ на головѣ, то оно кореннымъ образомъ извращено и негодно,—время положитъ ему конецъ и свергнетъ мнимую научность вашего самозваннаго превосходства» (ib. стр. 17). Противъ такихъ юристовъ Іерингъ апеллируетъ къ простому здравому смыслу народа и къ правильному примѣненію основаній правовѣдѣнія, которое согласуется съ естественнымъ чувствомъ права и съ требованіями жизни (ib. стр. 17 и 18).

«Учредители» выдѣляются изъ общаго состава акціонеровъ, получаютъ исключительно имъ присвоенное положеніе въ бельгійскомъ законѣ о торговыхъ компаніяхъ 18 мая 1873 года. Здѣсь имъ посвящена отдѣльная статья — 34-я; на нихъ возлагается общая для всѣхъ учредителей, связанныхъ по закону круговымъ ручательствомъ, отвѣтственность, какъ предъ акціонерами, такъ равно и относительно постороннихъ лицъ. «Учредители», имѣя значеніе устроителей общества, ближе знакомы, нежели кто либо другой, съ дѣйствительнымъ положеніемъ дѣла, ими самими созданнаго; на нихъ падаетъ отвѣтственность за правильность сдѣланныхъ ими заявленій при открытіи подписки, за несоблюденіе законныхъ формальностей при образованіи общества,—за то, что они не наблюдали, чтобы по крайней мѣрѣ $^1/_{20}$ основнаго капитала была внесена до открытія дѣйствій общества. Такое отвѣтственное положеніе учредителей по бельгійскому праву создаетъ имъ исключительное положеніе въ правѣ, выраженное въ ст. 34 закона 18 мая 1873 года.

«Les fondateurs sont solidairement responsables envers les intéressés soit de d'absence ou de la fausseté des énociations prescrites pour les actes de souscription, soit de la nullité d'une société con-

stituée par eux et dérivant du défaut d'acte authentique ou d'une des conditions requises par l'art. 29».

«Учредитель» имѣетъ значеніе не только перваго по времени члена будущаго акціонернаго общества, одинаково съ прочими акціонерами отвѣтственнаго предъ третьими лицами. Нѣтъ, «учредитель» получаетъ свою особую сферу дѣятельности, отвѣтствуя за нее предъ акціонерами и предъ третьими лицами.

Вовлекая акціонеровъ въ задуманное предпріятіе, «учредители» несутъ предъ нимъ отвѣтственность за правильность и достовѣрность, сдѣланныхъ ими заявленій о значеніи учреждаемаго предпріятія; они отвѣчаютъ, далѣе, за точное исполненіе всѣхъ законныхъ требованій, относящихся къ образованію общества. Предъ третьими лицами учредители отвѣчаютъ за правильное поступленіе взносовъ по подпискѣ на акціи; они отвѣчаютъ непосредственно сами, не допуская третьихъ лицъ предъявлять исковыя требованія къ самимъ акціонерамъ, въ противоположность тому, какъ это совершается по французскому праву, гдѣ признается непосредственное право на искъ третьяго лица къ акціонеру, не сдѣлавшему всѣхъ взносовъ по подписаннымъ акціямъ (action directe sur la mise). «Учредители» отвѣчаютъ предъ акціонерами и предъ третьими лицами сообща, одинъ за всѣхъ и всѣ за одного. Такая солидарная отвѣтственность учредителей устанавливается по закону (ст. 34, loi du 18 mai 1873), а не на основаніи договорнаго между ними соглашенія.

Вопросъ о правоспособности «учредителей» столь важенъ, положенія законодательствъ здѣсь такъ недостаточны, научное пониманіе до того противорѣчиво и шатко, что всякій рѣшительный голосъ, будетъ-ли онъ исходить отъ законодателя, или отъ ученаго изслѣдователя, имѣетъ для насъ громадное практическое значеніе, опредѣляя такое явленіе юридическихъ отношеній, которое все болѣе и болѣе расширяетъ кругъ своего дѣйствія. Въ самомъ дѣлѣ, при современномъ строѣ общественныхъ отношеній возникаетъ множество предпріятій, преслѣдующихъ самыя разнообразныя цѣли, осуществленіе которыхъ превышаетъ средства отдѣльныхъ лицъ, требуя участія многихъ. Такъ называемыя общественныя предпріятія (Gemeinwirthschaft) опираются на содѣйствіе и на сочувствіе многихъ заинтересованныхъ въ успѣхѣ задуманнаго дѣла. Выразителями общественныхъ нуждъ, средоточіемъ усилій многихъ являются немногія отдѣльныя лица; они возбуждаютъ дѣло, они на-

правляютъ его, обращаясь къ поддержкѣ цѣлаго общества. Такія лица называются «учредителями». По важности выпадающей на нихъ долю задачи право не можетъ пройти молчаніемъ подобное явленіе и оставить безъ опредѣленія занятое ими въ дѣйствительности положеніе.

Только въ Бельгіи законъ призналъ самостоятельное значеніе «учредителей». Но и это признаніе недостаточно. Здѣсь говорится объ однихъ только «учредителяхъ» акціонерныхъ обществъ и вовсе не упоминается ничего объ «учредителяхъ» разнообразныхъ «общественныхъ предпріятій» (Gemeinwirthschaft), которыми такъ богата современная жизнь каждаго культурнаго народа, гдѣ на общественномъ содѣйствіи основываются предпріятія научныя, религіозныя, художественныя, военныя, политическія. Всѣ современныя «общества»,—миссіонерскія, благотворительныя, ученыя,—являются живымъ свидѣтельствомъ новаго правообразованія, требующаго признанія и опредѣленія въ правѣ. Но право не дало до сихъ поръ окончательнаго рѣшенія вопроса; оно не пошло далѣе правила, содержащагося въ бельгійскомъ законѣ 1873 года; оно признало одну только правоспособность «учредителей», акціонерныхъ обществъ, считая всѣ прочія проявленія учредительствъ «безпорядочнымъ правообразованіемъ» (saloppe Rechtsbildung y Meili).

Остановимся пока на бельгійскомъ законѣ. Мы высоко цѣнимъ содержащееся въ немъ признаніе и опредѣленіе правоспособности «учредителей» хотя-бы только однихъ акціонерныхъ обществъ. Здѣсь мы видимъ возведеніе въ правосознаніе такого отношенія, которое хотя и проявлялось въ дѣйствительности, но не было признано за право; здѣсь скрытое явленіе права (latente Bestandtheil) возвысилось до явнаго принятія и опредѣленія.

Этотъ поворотъ въ положеніи «учредителей» заслуживаетъ особаго вниманія, и мы думаемъ, что онъ лучше всего можетъ быть выраженъ въ подробномъ изученіи того постановленія закона, которое имѣло здѣсь рѣшающее значеніе. Бельгійскій ученый профессоръ *П. Намюръ* (P. Namur), блестящій трудъ котораго—«le code de commerce belge»—пользующійся большою извѣстностью,—комментируетъ ст. 34 закона 1873 года и даетъ ей слѣдующее толкованіе: «Учредители—это тѣ лица, которыя берутъ на себя починъ общества, намѣчая его основанія въ составленномъ уставѣ и открывая вслѣдъ за тѣмъ подписку для привлеченія акціонеровъ. По за-

нимаемому ими положенію они знаютъ лучше, нежели акціонеры все то, что касается общества; они обязаны наблюдать за тѣмъ, чтобы всѣ требованія и формальности закона были точно исполнены во всемъ, что относится до открытія общества (acte de société) и порядка подписки (actes de souscription). На этомъ основана тяжелая отвѣтственность учредителей по ст. 34.—*Они солидарно отвѣчаютъ предъ заинтересованными*, которыми могутъ быть, смотря по обстоятельствамъ, или акціонеры, или третьи лица, заключившія съ обществомъ сдѣлки; словомъ, «учредители» отвѣчаютъ предъ всѣми тѣми, кто понесъ убытки по ихъ винѣ (dole) или вслѣдствіе ихъ небрежности (negligence). Они солидарно отвѣчаютъ за необъявленіе или невѣрное объявленіе необходимыхъ при открытіи подписки свѣдѣній: такъ напр., если они не указали того порядка, въ которомъ должны производиться взносы по подписаннымъ акціямъ, или если они не объявили предоставляемыхъ имъ въ проектѣ преимуществъ, или если сдѣланныя ими заявленія окажутся ложны. Они солидарно отвѣчаютъ далѣе въ томъ случаѣ, когда общество не составится, потому что не будутъ соблюдены требуемыя закономъ для его возникновенія условія, напр. если число участниковъ будетъ менѣе семи членовъ, если основной капиталъ не сполна будетъ подписанъ и не поступитъ по крайней мѣрѣ взносъ $1/20$ капитала. Они отвѣчаютъ за несоставленіе формальнаго акта (acte authentique) объ учрежденномъ обществѣ. Въ засѣданіи бельгійской палаты представителей, 15-го февраля 1870 года, г. Лефевръ возбудилъ вопросъ: могутъ-ли третьи лица дѣлать ссылки на то, что общество не состоялось вслѣдствіе несоблюденія требованій ст. 34? Безъ всякаго сомнѣнія—могутъ. Всѣ заинтересованныя лица въ правѣ ссылаться на то, что общество не состоялось, исключая акціонеровъ, которые не могутъ приводить этого возраженія противъ третьихъ лицъ, вслѣдствіе недѣйствительности общества на основаніи несоблюденія формы. На этомъ основаніи министръ Бара отвѣтилъ почтенному члену палаты: «здѣсь говорится о всѣхъ тѣхъ, кто заинтересованъ въ обществѣ. Правило одинаково примѣняется какъ относительно третьихъ лицъ, такъ и къ акціонерамъ». [1])

---

[1]) P. Namur, le code commerce belge revisé, t. 2—me pag. 154—56.

Мы привели дословно комментарій къ ст. 34 бельгійскаго закона 18-го мая 1873 года о товариществахъ (société) въ томъ видѣ, какъ его изложилъ профессоръ льежскаго университета *Намюръ*. Комментарій закона, какъ и слѣдовало ожидать, не идетъ далѣе раскрытія смысла и содержанія его постановленій. Мы здѣсь найдемъ поэтому только опредѣленіе правоспособности «учредителей» акціонерныхъ кампаній; ни одного намека не сдѣлано на учредительство въ другихъ соединеніяхъ многихъ лицъ для осуществленія предпріятій, возвышающихся до значенія общественныхъ, вслѣдствіе многочисленности лицъ, принимающихъ здѣсь участіе, хотя и не составляющихъ для этого особаго акціонернаго общества.

Потребность рѣшенія вопроса о правоспособности «учредителей» всевозможныхъ общественныхъ предпріятій—настоятельна. Законъ не сказалъ здѣсь еще своего слова; наука вступила въ свои права, чтобы дать удовлетвореніе запросу дѣйствительной жизни, создавшей новое правоотношеніе. Рѣшеніе здѣсь могло быть двоякое: или новое явленіе исключается изъ области права, какъ «безпорядочное правообразованіе («salоppe Rechtsbildung»,—Meili), или оно признается и привѣтствуется, какъ «необходимое проявленіе современной жизни» («ein unerlässliches Postulat unseres heutiges Lebens»,—Jhering).

Среди противорѣчивыхъ сужденій, вызванныхъ вопросомъ о правоспособности «учредителей», мы не можемъ не отдать предпочтенія тому ученію, которое пытается установить Іерингъ, и вотъ на какомъ основаніи: Мы даже не станемъ спорить противъ правильности всѣхъ прочихъ высказанныхъ здѣсь взглядовъ; въ такомъ новомъ дѣлѣ, какъ изслѣдованіе положенія учредителей въ правѣ, сразу не могли ни наука, ни законодательство составить окончательнаго опредѣленія, дать достаточное установленіе для явленія, проявляющагося въ постоянно расширяющихся предѣлахъ. Но всѣ ученія объ «учредителяхъ», признающія ихъ значеніе въ правѣ, тѣсно слиты съ постановленіями о нихъ, данными въ законѣ, не идя далѣе его опредѣленій. Поэтому во всѣхъ указанныхъ нами ученіяхъ мы и находимъ признаніе однихъ только учредителей акціонерныхъ компаній. Здѣсь мы встрѣтимъ точное и правильное опредѣленіе правоспособности учредителей. Но въ наукѣ права недостаточно однихъ только правильныхъ опредѣленій. «Такая точка зрѣнія, которая не идетъ далѣе одного только правиль-

наго, ничѣмъ не лучше, какъ простой футляръ: предметъ въ него вкладывается и снова вынимается, онъ остается тѣмъ, чѣмъ былъ. Только тогда точка зрѣнія получаетъ научное достоинство, когда она становится производительной, т. е., когда она даетъ болѣе, нежели было до сихъ поръ, когда она содѣйствуетъ познанію предмета, раскрываетъ въ немъ новыя стороны, остававшіяся прежде незамѣченными» (Ihering, Zweck im Recht. I, стр. 436). До сихъ поръ оставался незамѣченнымъ цѣлый рядъ дѣятельности «учредителей», направляющейся не только для составленія акціонерныхъ компаній, далѣе чего не идетъ ни законодательное опредѣленіе, ни опирающееся на немъ научное понятіе. Р. фонъ Іерингъ остался здѣсь вѣренъ направленію имъ созданнаго «производительнаго правовѣдѣнія» (productive Jurisprudenz). Не стѣсняясь ограниченіями закона, внимая громко заявленному требованію жизни, онъ создаетъ понятіе объ «учредителяхъ», какъ о «замѣстителяхъ» (Ersatzmann) тѣхъ многочисленныхъ лицъ, которыя ввѣряютъ имъ веденіе дѣлъ, будутъ-ли эти лица соединены въ акціонерное общество, или останутся въ разрозненномъ состояніи, нерѣдко вовсе даже и не называя себя, когда, напр. пожертвованія поступаютъ отъ лица «неизвѣстнаго». «Учредитель-замѣститель» покрываетъ всѣхъ за нимъ стоящихъ лицъ предъ третьими лицами, съ которыми онъ отъ своего имени входитъ въ соглашенія. Такое представленіе объ «учредителяхъ» не есть только футляръ, куда вкладывается предметъ,—оно содѣйствуетъ нашему пониманію, къ нему могутъ быть подведены всѣ правоотношенія учредителей, какого-бы они ни были рода и въ какой-бы они формѣ ни проявлялись (Ihering. Zweck. ib.).

Изъ всего сказаннаго о правоспособности «учредителей» видно, до какой степени не установилось до сихъ поръ еще понятіе о нихъ въ наукѣ. Эти сбивчивыя воззрѣнія нашли мѣсто и въ русской научной литературѣ. Такъ мы читаемъ въ трудѣ высокочтимаго *К. Д. Кавелина*: «права и обязанности по имуществамъ и обязательствамъ» (стр. 266—67)—слѣдующее:

«Во главѣ каждаго акціонернаго предпріятія всегда стоятъ одно или нѣсколько лицъ, которыя начинаютъ дѣло, составляютъ проектъ устава, ходатайствуютъ объ его утвержденіи и дѣлаютъ первыя распоряженія по открытію общества. Важнѣйшее изъ этихъ распоряженій есть собраніе складочнаго капитала, необходимаго для

начатія дѣла, посредствомъ выпуска и продажи акцій (Зак. гражд. ст. 2,174 и 2,175). Безъ учредителей акціонерное общество, по существу дѣла, ни устроиться, ни начать своихъ дѣйствій не можетъ. Но учредителямъ принадлежитъ *только починъ въ дѣлѣ,* они, вначалѣ, по необходимости, стоятъ во главѣ его; когда же общество образовалось, *они дѣлаются равными со всѣми другими его членами*».

При всемъ глубокомъ уваженіи нашемъ къ почтенному изслѣдователю «правъ и обязанностей по имуществамъ и обязательствамъ», мы не можемъ не сдѣлать относительно только-что приведеннаго положенія слѣдующаго замѣчанія. Здѣсь нѣтъ вовсе никакого опредѣленія, какое значеніе имѣютъ въ правѣ «учредители», мы видимъ одинъ лишь перечень отдѣльныхъ дѣйствій, которыя они совершаютъ, мы узнаемъ, что «учредителямъ» принадлежитъ *починъ дѣла* и что затѣмъ они исчезаютъ въ массѣ членовъ общества. Но «починъ дѣла» не имѣетъ никакого значенія въ правѣ. Дѣйствительно, напримѣръ, при закладкѣ большихъ общественныхъ сооруженій почетнѣйшія и вліятельнѣйшія лица приглашаются для почина дѣла, для установки перваго камня постройки; но вѣдь это только торжественность, по совершеніи которой, заложившія новое строеніе лица оставляютъ слѣдъ своего участія только въ воспоминаніи присутствующихъ да въ описаніяхъ газетныхъ репортеровъ о томъ, какъ совершился «починъ дѣла». Нерѣдко въ подобномъ торжественномъ смыслѣ являются «учредители» при составленіи акціонерныхъ обществъ, когда лица, пользующіяся извѣстностью въ обществѣ, приглашаются быть учредителями задуманнаго предпріятія, имъ тоже принадлежитъ «починъ дѣла». Намъ скажутъ, что за почетнымъ лицомъ, приглашеннымъ на закладку зданія, для учрежденія акціонернаго общества, есть не только почетные, но и *дѣйствительные учредители.* Но мы именно и хотимъ знать опредѣленіе «дѣйствительныхъ учредителей», не довольствуясь описаніемъ, которое можетъ быть произвольно понято и примѣнено къ далеко несходнымъ явленіямъ дѣйствительной жизни. А этого опредѣленія, что такое «учредители» почтенный К. Д. Кавелинъ намъ не даетъ въ своемъ трудѣ «права и обязанности по имуществамъ и обязательствамъ». Потомъ К. Д. Кавелинъ говоритъ, что «когда общество образовалось, они (учредители) дѣлаются равными со всѣми другими его членами». Но намъ важно

знать отличіе «учредителей» отъ другихъ членовъ общества, а не указаніе на то, что они «дѣлаются равными» съ ними. Вопросъ объ учредителяхъ такъ и остается не разъясненнымъ.

Жестоко нападаетъ на «учредителей» пользующійся въ нашей литературѣ не малой извѣстностью *А. Головачовъ* въ изслѣдованіи своемъ «желѣзныя дороги въ Россіи», помѣщенномъ въ «Сборникѣ государственныхъ знаній» (т. 4. 5 и 7). Въ его глазахъ—это своевольно ставшія у дѣла лица, дѣйствующія безъ всякаго контроля и разсужденія..... Мы ограничимся здѣсь этимъ краткимъ упоминаніемъ, сохраняя за собой право вернуться впослѣдствіи къ болѣе подробному разсмотрѣнію рѣзкой филиппики противъ «учредителей» А. Головачова, который во всемъ своемъ изслѣдованіи—около тысячи страницъ—держится тона порицанія, не видя никакой надобности, вѣроятно, уяснить читателю: да что-же такое «учредители», которыхъ онъ такъ бичуетъ?

«Учредители» существуютъ при всякаго рода предпріятіяхъ, имѣющихъ общественное значеніе, выполненіе которыхъ не по силамъ отдѣльнымъ лицамъ, но требуетъ широкаго участія многихъ, которыя своими вкладами создаютъ громадные основные капиталы акціонерныхъ обществъ, посвящаемые для покрытія издержекъ по *общественнымъ предпріятіямъ* (Gemeinwirthschaft).



II.

Желѣзныя дороги.

---

1. СТОИМОСТЬ И ПРОТЯЖЕНІЕ СУЩЕСТВУЮЩИХЪ НА ЗЕМНОМЪ ШАРѢ ЖЕЛѢЗНЫХЪ ДОРОГЪ.—ОЧЕРКЪ ЖЕЛѢЗНОДОРОЖНАГО ДѢЛА ВЪ РОССІИ.

„Mobilitate viget, viresque acquirit eundo".
Virg. Aen. IV. 175.

Къ числу общественныхъ предпріятій (Gemeinwirthschaft) принадлежатъ сооруженіе и эксплоатація желѣзныхъ дорогъ. Чтобы дать понятіе объ ихъ значеніи, мы приведемъ сводъ свѣдѣній о протяженіи и стоимости существующихъ на земномъ шарѣ желѣзныхъ дорогъ.

Въ ноябрѣ мѣсяцѣ истекшаго 1879 года въ прусскую палату представителей (Haus der Abgeordneten) внесенъ былъ министрами путей сообщенія Мейбахомъ и финансовъ Биттеромъ проектъ закона касательно *пріобрѣтенія государствомъ нѣкоторыхъ желѣзныхъ дорогъ, далѣе относительно продленія государственныхъ желѣзныхъ дорогъ и участія государства въ нѣкоторыхъ частныхъ желѣзнодорожныхъ предпріятіяхъ* (Entwurf eines Gesetzes betreffent den Erwerb mehrerer Privateisenbahnen für den Staat sowie ferner der Entwurf eines Gesetzes betreffend die Erweiterung der Staatseisenbahnen und die Betheiligung des Staates bei mehreren Privatbahnunternehmungen). Оба проекта сопровождаются обширными и разнообразными приложеніями, изъ которыхъ мы обратимъ вниманіе читателей на сводъ свѣдѣній относительно протяженія и стоимости существующихъ на земномъ шарѣ желѣзныхъ дорогъ. Въ первой графѣ прилагаемой таблицы означены отдѣльныя государства, въ которыхъ проведены желѣзныя дороги; во второй—длина дорогъ; въ третьей—издержки на ихъ сооруженіе. Послѣдняя графа обнимаетъ нѣсколько отдѣ-

ловъ, смотря по тѣмъ источникамъ, изъ которыхъ черпали средства на сооруженіе дорогъ: на счетъ казны, акціонернаго или облигаціоннаго капитала. Итогъ издержекъ исчисленъ въ миліонахъ германскихъ марокъ. При наименовоніи каждаго отдѣльнаго государства мы укажемъ годъ, къ которому относятся приводимыя числовыя данныя.

Названіе государствъ.	Длина желѣзныхъ дорогъ.		Издержанный или предназначенный капиталъ на сооруженіе.					
	Къ концу какого года.	Километры.	Изъ средствъ казны.	Изъ частныхъ источниковъ.				Общій итогъ.
				Акціи.	Облигаціи.	Неизвѣстно акціи или облигаціи.	Итогъ частныхъ источник.	
			МИЛЛІОНЫ МАРОКЪ.					
1.	2.	3.	4.	5.	6.	7.	8.	9.
1. Европа.								
Бельгія . . .	1877	3710	459	—	—	552	552	1011
Данія	1877	1446	70	—	—	80	80	150
Германія, кромѣ Баваріи. . .	1878	26972	3122	1888	2417	—	4305	7427
Баварія . . .	1877	4476	811	51	91	40	182	993
Франція . . .	1877	23401	213	1156	6171	595	7922	8135
— строится . .	—	8561	187	—	—	2371	2371	2558
Греція. . . .	1877	12	2	—	—	—	—	2
Англія. . . .	1877	27494	—	5300	8180	—	13480	13480
Италія. . . .	1877	8046	625	—	—	1335	1335	1960
Голландія. . .	1877	1974	199	90	88	72	250	449
Норвегія . . .	1877	802	56	—	—	—	—	56
Австро-Венгрія .	1877	18030	654	1600	2677	—	4277	4931
Португалія . .	1877	969	166	—	—	—	—	166
Румынія . . .	1877	1233	7	255	71	—	326	333
Россія	1877	21481	1536	1389	2721	199	4309	5845
— строится . .	—	1462						
Швеція . . .	1877	4791	182	—	—	222	222	404
Швейцарія . .	1877	2565	72	288	384	80	752	824
Испанія . . .	1877	6199	—	—	—	1840	1840	1840
Турція . . .	1877	1537	—	—	—	416	416	416
Итого .	—	165161	8361	12017	22800	7802	42619	50980
Изъ нихъ строится . . .	—	10023	—	—	—	—	—	2558

Названіе государствъ.	Длина желѣзныхъ дорогъ. Къ концу какого года.	Километры.	Издержанный или предназначенный капиталъ на сооруженіе. Изъ средствъ казны.	Изъ частныхъ источниковъ. Акціи.	Облигаціи.	Неизвѣстно акціи или облигаціи.	Итогъ частныхъ источник.	Общій итогъ.
			МИЛЛІОНЫ МАРОКЪ.					
1.	2.	3.	4.	5.	6.	7.	8.	9.
2. Азія.								
Цейлонъ . . .	1876	147	35	—	—	—	—	35
Японія. . . .	1876	105	—	—	—	7	7	7
Ява.	1876	261	—	17	23	—	40	40
Малая Азія . .	1876	395	—	—	—	76	76	76
Остъ-Индія . .	1876	11164	954	—	—	1341	1341	2295
— строится . .	—	4795	797	—	—	162	162	959
Итого . .	—	16867	1786	17	23	1586	1626	3412
Изъ нихъ строится . . .	—	4795	—	—	—	—	—	959
3. Африка								
Алжиръ . . .	1877	687	—	—	—	184	184	184
— строится . .	—	647	—	—	—	173	173	173
Капландъ. . .	1876	644	101	—	—	3	3	104
Египетъ . . .	1877	1763	291	—	—	—	—	291
Маврикій . . .	1876	106	29	—	—	—	—	29
Наталь . . .	1876	192	24	—	—	—	—	24
Тунисъ . . .	1876	60	—	—	—	17	17	17
Итого . .	—	4099	445	—	—	377	377	822
Изъ нихъ строится . . .	—	839	—	—	—	—	—	197
4. Америка.								
Аргентина . .	1876	2240	194	—	—	151	151	345
Боливія . . .	1876	210	—	—	—	32	32	32

Названіе государствъ.	Длина желѣзныхъ дорогъ.		Издержанный или предназначенный капиталъ на сооруженіе.					
	Къ концу какого года.	Километры.	Изъ средствъ казны.	Изъ частныхъ источниковъ.				Общій итогъ.
				Акціи.	Облигаціи.	Неизвѣстно акція или облигація.	Итогъ частныхъ источник.	
			МИЛЛІОНЫ МАРОКЪ.					
1.	2.	3.	4.	5.	6.	7.	8.	9.
Гвіана англ. . .	1876	96	17	—	—	—	—	17
Бразилія . . .	1877	2360	668	—	—	—	—	668
— строится . .	—	633	180	—	—	—	—	180
Канада . . .	1877	8425	935	—	294	—	294	1229
Чили	1876	1689	187	—	—	146	146	333
Колумбія . . .	1876	106	—	—	—	44	44	44
Куба	1876	640	—	—	—	96	96	96
Экуадоръ . . .	1876	41	—	—	—	6	6	6
Ямайка . . .	1876	43	5	—	—	—	—	5
Гондурасъ . .	1876	90	—	—	—	14	14	14
Мексика . . .	1876	623	—	—	—	93	93	93
Перу	1876	1582	—	—	—	554	554	554
— строится . .	—	139	—	—	—	49	49	49
Парагвай . . .	1876	72	—	—	—	10	10	10
Венецуэла . . .	1876	126	—	—	—	19	19	19
Соединенные Штаты . . .	1877	128187	—	9442	9324	326	19092	19092
Уругвая . . .	1876	376	—	—	—	56	56	56
Итого . .	—	147678	2186	9442	9618	1596	20656	22842
Изъ нихъ строится . . .	—	772	—	—	—	—	—	229
5. Австралія.								
Новая-Зеландія .	1876	1156	92	—	—	—	—	92
— строится . .	—	687	55	—	—	—	—	55
Новый-южный Валлисъ . .	1876	920	192	—	—	—	—	192
— строится . .	—	192	40	—	—	—	—	40
Квинсландъ . .	1876	601	76	—	—	—	—	76
— строится . .	—	227	29	—	—	—	—	29

Названіе государствъ.	Длина желѣзныхъ дорогъ.		Издержанный или предназначенный капиталъ на сооруженіе.					
				Изъ частныхъ источниковъ.				
	Къ концу какого года.	Километры.	Изъ средствъ казны.	Акціи.	Облигаціи.	Неизвѣстно акціи или облигаціи.	Итогъ частныхъ источник.	Общій итогъ.
			МИЛЛІОНЫ МАРОКЪ.					
1.	2.	3.	4.	5.	6.	7.	8.	9.
Южная Австралія	1876	597	48	—	—	2	2	50
Таити	1876	33	3	—	—	—	—	3
Тасманія . . .	1876	250	19	—	—	13	13	32
Вестъ-Австралія.	1876	88	5	—	—	—	—	5
Викторія . . .	1876	1292	353	—	—	20	20	373
Итого .	—	6043	912	—	—	35	35	947
Изъ нихъ строится . . .	—	1106	—	—	—	—	—	124

Сравнительная таблица желѣзныхъ дорогъ пяти частей свѣта.

1. Европа. .	—	165161	8361	12017	22800	7802	42619	50980
2. Азія . . .	—	16867	1786	17	23	1586	1626	3412
3. Африка. .	—	4099	445	—	—	377	377	822
4. Америка .	—	147678	2186	9442	9618	1596	20656	22842
5. Австралія	—	6043	912	—	—	35	35	947
Общій итогъ	—	339848	13690	21476	32441	11396	65313	79003
Изъ нихъ строится . . .	—	17535	—	—	—	—	—	4067
Открыты для движенія . . .	—	322313		стоимостью миллионовъ марокъ.				74936

Исключительно на средства казны построены желѣзныя дороги въ южной Австраліи, Бразиліи, Англійской Гвіанѣ, Египтѣ, на островѣ св. Маврикія, въ Капландѣ и Наталѣ. Въ Азіи и Африкѣ казна и частныя компаніи почти поровну доставили денежные капиталы на сооруженіе желѣзныхъ дорогъ. Въ Европѣ казна дала менѣе $1/6$, въ Америкѣ менѣе $1/10$ изъ общей суммы капиталовъ, обращенныхъ на проведеніе паровозныхъ путей. Исключительно на частныя средства проведены рельсовые пути въ слѣдующихъ государствахъ: Англія, Соединенные-Штаты, Мексика, Перу, Боливія, Алжиръ, Малая Азія, Европейская Турція и Испанія, не перечисляя малыхъ американскихъ республикъ. Мы не знаемъ, какія условія повліяли на такое распредѣленіе степени участія частныхъ капиталовъ и денежныхъ средствъ казны въ проведеніи всемірной сѣти желѣзныхъ дорогъ. Мы затрудняемся указать на господствовавшій при этомъ экономическій законъ. Намъ остается одна неблагодарная работа: изложить по возможности точно свѣдѣнія о поражающемъ своею важностью для человѣческаго общества явленіи,—мы должны ограничиться собираніемъ фактовъ. «Факты эти такъ велики и поразительны, наука относится къ нимъ такъ неувѣренно, что ей остается одинъ лишь путь: усвоить факты изъ опасенія, чтобы они не стали выше ея». Эта мысль, высказанная извѣстнымъ изслѣдователемъ англійскихъ желѣзныхъ дорогъ *Кономъ* (Dr G. Cohn, Untersuchungen über die englische Eisenbahnpolitik, II, 622) приковываетъ вниманіе ученаго на изслѣдованіи и усвоеніи явленій, которыя не только возбуждаютъ противоположныя сужденія, но, думаемъ мы, очень мало до сихъ поръ еще изучены. Въ послѣднее десятилѣтіе только научная разработка «желѣзнодорожнаго дѣла» (Eisenbahnwesen) сдѣлала значительные успѣхи. Оно изслѣдуется съ экономической, политической, юридической стороны; возникли отдѣльныя группы трудовъ о желѣзнодорожномъ хозяйствѣ, о желѣзнодорожной политикѣ, о желѣзнодорожномъ правѣ. Это научное движеніе нашло своихъ тружениковъ и у насъ въ Россіи; желѣзнодорожное дѣло стало предметомъ живаго обсужденія въ отдѣльныхъ обширныхъ сочиненіяхъ, въ журнальныхъ и газетныхъ статьяхъ, въ трудахъ ученыхъ обществъ и въ изслѣдованіи положенія желѣзнодорожнаго дѣла въ Россіи правительственной коммиссіей.

Руководствуясь этой потребностью русскаго общества ознакомиться съ желѣзнодорожнымъ дѣломъ, мы предприняли предлагаемый здѣсь переводъ послѣдняго труда знаменитаго готингенскаго профессора Р. фонъ Іеринга. Что вопросъ, разсматриваемый въ своемъ «Мнѣніи о гэйской дорогѣ» (Rechtsgutachten) ученаго профессора, не лишенъ для насъ, русскихъ, практическаго значенія, на это укажетъ раскрытіе того порядка, въ которомъ сложилось наше желѣзнодорожное дѣло у насъ, въ Россіи.

Мы, русскіе, пережили недавно,—лѣтъ десять, пятнадцать тому назадъ, охватившую все наше общество, такъ называемую, желѣзнодорожную горячку. Послѣ первыхъ неудачъ въ нашемъ желѣзнодорожномъ дѣлѣ, когда предположенные пути не могли быть сооружены, когда рядъ утвержденныхъ обществъ, во главѣ которыхъ стояли самыя уважаемыя лица нашего отечества, не смотря на это, не могли собрать нужныя денежныя средства,—въ обществѣ, у насъ и на западѣ Европы, укоренилась мысль, что сооруженіе желѣзныхъ дорогъ въ Россіи—дѣло чрезвычайно трудное и невозможное. Казалось, что справедливость этого мнѣнія находила подтвержденіе въ нѣкоторыхъ отдѣльныхъ фактахъ. Дѣйствительно, въ концѣ пятидесятыхъ годовъ произошло паденіе акціи главнаго общества россійскихъ желѣзныхъ дорогъ на европейскихъ биржахъ; вновь выпущенныя облигаціи этого общества не были разобраны; «главное общество» оказалось безсильно соорудить всѣ линіи, входившія въ такъ называемую «первую сѣть русскихъ желѣзныхъ дорогъ»,—оно ограничилось одними изысканіями по линіи Ѳеодосійской, къ сооруженію Либавской не приступало вовсе; финансовое положеніе общества было разстроено до такой степени, что оно не въ состояніи было уплатить правительству за уступленную ему линію желѣзной дороги между Петербургомъ и Гатчиной. Главное общество оказалось несостоятельнымъ выполнить принятое обязательство: «на свой счетъ и страхъ устроить въ теченіе десяти лѣтъ и потомъ содержать въ теченіи восьмидесяти пяти лѣтъ указанную ему сѣть около четырехъ тысячъ верстъ желѣзныхъ дорогъ съ однимъ лишь ручательствомъ правительства за вырученіе пяти процентовъ съ опредѣленныхъ на сооруженіе суммъ и съ тѣмъ, что, по минованіи означенныхъ сроковъ, вся сѣть обращается безплатно въ принадлежность казны (П. С. № 31,448. Именной указъ сенату 26-го января 1857 года). Не могло выполнить

своего обязательства «главное общество», не могли сладить съ новымъ и труднымъ дѣломъ и другія общества. Въ началѣ шестидесятыхъ годовъ предположены обширныя линіи дорогъ и утверждены нѣсколько уставовъ акціонерныхъ обществъ, учредителями которыхъ являются люди, носящіе самыя извѣстныя имена въ Россіи, но линіи не строятся, общества не могутъ возникнуть. [1]) Не только русскіе учредители терпятъ неудачу въ образованіи акціонерныхъ обществъ для сооруженія и содержанія движенія на желѣзныхъ дорогахъ, не болѣе счастливы и иностранцы, которымъ удалось получить отъ правительства разрѣшеніе на сооруженіе и эксплоатацію въ Россіи желѣзныхъ дорогъ и на образованіе съ этой цѣлью акціонерныхъ обществъ. Эти иностранцы не успѣли въ своихъ предпріятіяхъ, обогативъ если не русскую землю новыми путями, то терминологію русскаго законодательства новымъ словомъ: *концессія*, которое впервые появляется у насъ въ *концессіи*, данной на орловско-витебскую желѣзную дорогу англійскому баронету Мартину Пито. (П. С. № 42,790).

Какъ ни значительны всѣ изчисленныя неудачи при осуществленіи первыхъ желѣзныхъ дорогъ въ Россіи, но въ этомъ отношеніи мы, русскіе, пережили такое-же состояніе колебаній, которое выпало на долю другихъ государствъ, несравненно болѣе насъ богатыхъ не одними только матеріальными средствами, но знаніемъ и опытомъ, пріобрѣтенными среди высоко развитой цивилизаціи западныхъ народовъ. Чтобы въ этомъ убѣдиться, мы укажемъ на то, что во Франціи былъ періодъ, когда значительное число желѣзныхъ дорогъ мало того что не могло быть сооружено и сдано для движенія, но прямо сокращается, и разрѣшенныя концессіи прекращены. Такъ было отъ 1848 до 1851 г. Въ 1848 году концессіи линій желѣзныхъ дорогъ были разрѣшены на протяженіе 4,034 километровъ, въ 1851 году эта длина сокращается до 3,910 километровъ; многія желѣзнодорожныя кампаніи вынуждены про-

[1]) Въ 1862 году утвержденъ уставъ общества саратовской желѣзной дороги (П. С. № 38,189), въ 1863 году—уставъ одесско-кіевской дороги (П. С. № 39,402),—но самыя общества не могли образоваться, а предположенныя къ сооруженію желѣзныя дороги построены гораздо позже, благодаря участію правительства (кіевская) и земства (саратовская).

сить правительство принять эксплоатируемыя ими линіи въ казенное управленіе, которое, правда, долго не продолжалось. [1])

До 1865 года все бремя новаго въ Россіи желѣзнодорожнаго дѣла несетъ на себѣ правительство. Оно прокладываетъ рельсовые пути на средства государственнаго казначейства между Москвою и Одессою. Отдѣльные участки этой обширной линіи, связующей Черное море съ центромъ Россіи, строятся правительствомъ, или чрезъ посредство особо назначенныхъ лицъ, приводящихъ въ исполненіе постройку способомъ хозяйственнымъ, на счетъ казны и подъ надзоромъ правительства. Такъ построена желѣзная дорога между Одессою, Тирасполемъ и Балтою. Или строитель дороги принимаетъ на себя за оптовую цѣну сооруженіе пути, такимъ образомъ возникаетъ постройка дорогъ способомъ подряднымъ. Этимъ способомъ связаны желѣзнодорожнымъ сообщеніемъ Балта съ Кіевомъ и Кременчугомъ, Курскъ съ Ростовомъ на Дону. Правительство, далѣе, поручаетъ наблюденіе за сооруженіемъ пути правительственному инженеру,—такъ оно поступило при сооруженіи московско-курской дороги. Наконецъ, правительство строитъ дороги подряднымъ способомъ, но такъ, что подрядчикъ, по окончаніи сооруженія, обязуется образовать акціонерное общество для эксплоатаціи дороги. Линія между Курскомъ и Кіевомъ построена способомъ подряднымъ на счетъ государственнаго казначейства, но съ тѣмъ, что по окончаніи дороги должно образоваться акціонерное общество (П. С. № 44,044).

Такимъ образомъ мы въ правѣ сказать, что рѣшеніе совѣта министровъ, состоявшееся 28-го декабря 1864 года: «*южную дорогу отъ Москвы и отъ Одессы строить средствами казны по возможности дѣятельно*» [2])—было исполнено.

Частныя компаніи до половины шестидесятыхъ годовъ не обращали свои средства на сооруженіе желѣзныхъ дорогъ въ Россіи. Но когда съ открытіемъ 20-го августа 1864 года движенія на московско-рязанской желѣзной дорогѣ стало ясно, что сооруженіе

---

[1]) A. R i c h a r d, législation des chemins de fer d'intérêt local, pag. 22—23.

[2]) Мы заимствуемъ текстъ рѣшенія изъ труда *А. Головачева*: «Желѣзныя дороги въ Россіи». См. Сборникъ государственныхъ знаній, т. IV, стр. 268—69.

желѣзныхъ дорогъ въ Россіи на частные капиталы не только возможно, но и выгодно, то съ этого момента начинается быстрый поворотъ въ состояніи желѣзнодорожнаго дѣла у насъ. Вмѣсто прежней медленности при сооруженіи дорогъ—«Николаевская желѣзная дорога» строилась правительствомъ десять лѣтъ—онѣ прокладываются съ изумительной быстротой. Линія между Курскомъ и Ростовомъ на Дону, обнимающая разстояніе въ 763 версты, построена въ годъ и десять мѣсяцевъ. До сихъ поръ дороги строило преимущественно только правительство; теперь желѣзнодорожное дѣло становится предметомъ частной предпріимчивости. Частныя компаніи, земство, дворянство нѣкоторыхъ губерній наперерывъ другъ передъ другомъ ходатайствують о разрѣшеніи имъ концессіи на разнообразныя линіи желѣзныхъ дорогъ. Возникають акціонерныя желѣзнодорожныя общества,—правда, часто фиктивныя, гдѣ главный акціонеръ все пока остается правительство: напр. оно взяло на себя три четверти акцій Курско-Кіевской дороги. Въ исторіи желѣзнодорожнаго дѣла въ Россіи мы встрѣчаемъ примѣръ закрытія существующаго акціонернаго общества и пріобрѣтенія его акцій казною. Въ 1876 году состоялась передача Либавской желѣзной дороги обществу Ландварово-Роменской дороги: казна пріобрѣтала сооруженія Либавской дороги за 3.217,000 р. наличными деньгами, а не процентными бумагами. «При этомъ комитетъ министровъ принялъ во вниманіе, что такъ какъ упомянутая выдача за передаваемыя правительству акціи общества наличными деньгами назначается въ виду исключительныхъ обстоятельствъ общества и до истеченія 20 лѣтняго срока, условленнаго въ уставѣ для выкупа дороги правительствомъ, то уплата за дорогу наличными деньгами, а не процентными бумагами, не должна и не можетъ служить примѣромъ на случай пріобрѣтенія правительствомъ впослѣдствіи путемъ выкупа другихъ дорогъ» (П. С. № 55,878). Здѣсь казна до срока, въ уставѣ обществъ указаннаго, выкупаетъ у него дорожныя сооруженія, выплачивая обществу стоимость акцій по разсчету 65 руб. за каждую акцію (П. С. ib), но эксплоатацію выкупленной дороги передаетъ другому обществу—Ландварово-Роменской дороги. Къ числу немногихъ дѣйствительныхъ, а не фиктивныхъ обществъ принадлежатъ общества Московско-Ярославской и Рыбинско-Бологовской желѣзныхъ дорогъ. Московско-Ярославская дорога выстроена исключительно на одинъ акціонерный капиталъ,

и только впослѣдствіи часть акцій обращена въ облигаціи. [1]) Не только акціонерныя общества обращаются на желѣзнодорожное дѣло, но есть дороги, находящіяся въ рукахъ товарищества на вѣрѣ, какъ напр. Мячковская желѣзная дорога отъ Москвы до Николо-Угрѣшскаго монастыря (Собраніе узаконеній 1878 года, № 53, ст. 197),—другія принадлежатъ частнымъ лицамъ, напр. вѣтвь къ Константиновской желѣзной дорогѣ кн. Ливена (Собраніе узаконеній 1877 годъ № 88, ст. 841).

2. МѢСТНЫЯ (ПОДЪѢЗДНЫЯ) ЖЕЛѢЗНЫЯ ДОРОГИ.

> **Les services que l'on ne peut attendre des grandes lignes, il faut les demander aux chemins de fer d'intérêt local: seuls ces chemins peuvent pénétrer partout, seuls ils peuvent donner satisfaction à tous les besoins du pays.**
>
> **Albert Richard, législation des chemins de fer d'intérêt local, pag. 9.**

Несомнѣнную заслугу въ дѣлѣ сооруженія желѣзныхъ дорогъ въ Россіи оказало наше земство. Мы знаемъ, что въ литературѣ и въ обществѣ сложилось мнѣніе о томъ, что желѣзнодорожное дѣло не есть дѣло земское, на томъ основаніи, что съ эксплоатаціей дорогъ связанъ извѣстный рискъ, что предпріятіе выходитъ изъ тѣсныхъ рамокъ «мѣстныхъ нуждъ и пользъ».

Противъ этихъ возраженій мы позволимъ себѣ привести слѣдующія данныя: когда во Франціи законодательный корпусъ принялъ 12-го іюля 1865 года законъ о мѣстныхъ желѣзныхъ дорогахъ (loi relative aux chemins de fer d'intérêt local du 12 juillet 1865 г.), то министръ публичныхъ работъ въ разъясненіе смысла закона обратился къ префектамъ съ циркуляромъ, изъ котораго мы приведемъ слѣдующее мѣсто: «Теперь слѣдуетъ обратиться къ устройству линій второстепенныхъ, которыя были-бы предназначены для мѣстныхъ сношеній и должны будутъ послѣдовательно соединить съ главными артеріями разныя мѣстныя поселенія, стоящія внѣ нашихъ главныхъ путей. Эта обязанность не можетъ быть возложена на одно только правительство и, казалось-бы, оно естественно относится къ департаментамъ, общинамъ, при содѣйствіи со

---

[1]) Ср. *А. Головачовъ*, ib. въ Сборникѣ государственныхъ знаній, т. V. стр. 167.

стороны государства. Они должны, разумно пользуясь своими средствами, плодотворно примѣняя право инипіативы и свободу дѣйствій, которую правительственная власть располагаетъ имъ предоставить,—завершить важное дѣло, которымъ правительство императора обогатило страну».

«Нѣсколько департаментовъ добровольно вступили уже на этотъ путь. Департаменты верхняго и нижняго Рейна примѣнили законъ 21-го мая 1836 года къ сооруженію мѣстныхъ путей, которые впослѣдствіи должны быть обращены въ желѣзныя дороги. Эти департаменты устроили такимъ образомъ нѣсколько линій, протяженіе которыхъ для перваго составляетъ 11, а для втораго—79 километровъ. На этихъ-же основаніяхъ департаментъ Сарты строитъ въ настоящее время вѣтвь длиною въ 31 километръ. Мы въ правѣ поэтому сказать, что сооруженіе мѣстныхъ желѣзныхъ дорогъ департамантами, общинами, частными собственниками освящено опытомъ».

Далѣе циркуляръ даетъ опредѣленіе того, что должно понимать подъ мѣстными желѣзными дорогами (chemin de fer d'interêt local). «Существенная особенность мѣстныхъ желѣзныхъ дорогъ заключается въ томъ, что онѣ возникаютъ, или по инипіативѣ, или при содѣйствіи департаментовъ и общинъ. Что касается назначенія этихъ путей, то самое ихъ названіе указываетъ на ту особую задачу, которую возлагаетъ на нихъ законъ. Мѣстныя желѣзныя дороги должны соединить второстепенныя мѣстности между собой или съ главными путями, разрѣшенными въ настоящее время. Онѣ должны направляться по ровной мѣстности, избѣгая большихъ городовъ, не должны подниматься на вершину горъ, потому что съ этимъ связаны самыя значительныя издержки по сооруженію. Только при такихъ условіяхъ возможно достичь тѣхъ требованій бережливости, безъ которыхъ департаменты не въ состояніи были-бы покрыть необходимые расходы по желѣзнымъ дорогамъ. Мы не будетъ свидѣтелями того, что вмѣсто дѣйствительно мѣстныхъ дорогъ станутъ строиться такія, которыя, не примыкая къ главнымъ путямъ,—нарушать равновѣсіе сѣти, созданной государствомъ».

Одно опасеніе вызываютъ мѣстныя желѣзныя дороги въ умѣ министра, «чтобы онѣ не нарушили равновѣсія сѣти, созданной государствомъ». Французскій законъ не видитъ препятствія для проведенія мѣстныхъ желѣзныхъ дорогъ на средства отдѣльныхъ

департаментовъ и общинъ отъ того, что предпріятіе, имѣя торговое значеніе, можетъ вовлечь ихъ въ убытки.

Не только во Франціи, но также въ Швейцаріи, желѣзныя дороги строятся по инициативѣ и при содѣйствіи мѣстныхъ общинъ, отдѣльныхъ кантоновъ.

Швейцарскій ученый, цюрихскій адвокатъ *Мейли* (Meili) изобразилъ въ живомъ очеркѣ [1]) тотъ порядокъ, какъ складывается желѣзнодорожное предпріятіе на мѣстную дорогу, собственно говоря, онъ изображаетъ порядокъ, какъ составляются желѣзнодорожные *комитеты* или *учредительныя общества* (Eisenbahncomités oder Gründungsgeselschaften). «Очевидно, что этотъ порядокъ не всегда одинаковъ. Но тѣмъ не менѣе мы въ правѣ сдѣлать слѣдующее замѣчаніе: пока продолжалась въ Швейцаріи желѣзнодорожная горячка, до тѣхъ поръ возникали съ непостижимымъ юридическимъ легкомысліемъ подобные союзы и никому не приходило въ голову вникнуть въ ихъ юридическое значеніе».

«Обыкновеннно дѣло происходило такъ. Нѣсколько лицъ соединялись вмѣстѣ и принимали наименованіе «*комитета*» (Comité), вносили залогъ въ совѣтъ кантона и испрашивали у него разрѣшенія на концессію, такъ какъ до швейцарскаго желѣзнодорожнаго закона 1872 года концессіи выдавались отдѣльными кантонами. Концессія выдавалась безъ всякаго разслѣдованія. Въ исторіи швейцарскихъ желѣзныхъ дорогъ нѣтъ ни одного примѣра, когда-бы отказано было въ просимой концессіи. Затѣмъ всѣ жители извѣстной мѣстности приглашались принять участіе въ общемъ собраніи, на которомъ обсуждали дѣло и составлялось такимъ образомъ общественное мнѣніе. «Общее собраніе» приступало къ выборамъ, но не составляло объ этомъ протокола, также не велось списка членовъ. Послѣ выборовъ говорили, что образовалось «*учредительное общество*»—«Gründungs gesellschaft».

«Обыкновенно желѣзнодорожныя общества, съ которыми входили въ сношеніе комитеты (Comité), вели переговоры только съ ними, а не съ общинами. Вліятельные члены «учредительнаго

---

[1]) Dr. Meili, Studien über die rechtliche Natur und Wirkung der von einer Eisenbahn-Gesellschaft gegenüber Gründungs-Gesellschaften oder Comités eingegangenen Verpflichtung zum Bau und Betrieb einer Eisenbahn. Изслѣдованіе помѣщено въ Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht, 1879 года.

общества» и «комитета» указывали обыкновенно общинамъ, что необходимо оказать содѣйствіе желѣзнодорожному обществу, сдѣлать ему ссуду, или иначе принять участіе въ предпріятіи. Заинтересованныя общины не знали ничего объ отдѣльныхъ условіяхъ состоявшагося между комитетомъ и желѣзнодорожнымъ обществомъ договора. Подача голосовъ ограничивалась разрѣшеніемъ условленной въ договорѣ ссуды».

«Иногда рядомъ съ комитетомъ стояло нѣсколько выборныхъ (Abgeordneten). Но никто не могъ указать, гдѣ начинается и оканчивается кругъ ихъ дѣйствій, потому что здѣсь все было неопредѣленно».

Читая только что приведенное описаніе возникновенія желѣзнодорожныхъ предпріятій въ Швейцаріи, намъ кажется, что здѣсь воспроизводится съ поразительной точностію то, что совершавшалось у насъ, въ Россіи, при учрежденіи нашими земствами и городами желѣзныхъ дорогъ въ своихъ мѣстностяхъ. Дѣйствительно, въ 1866 году первое губернское саратовское земское собраніе, видя необходимость соорудить желѣзную дорогу отъ Тамбова до Саратова, избрало *комитетъ*, которому поручено было ходатайствовать предъ правительствомъ о выдачѣ концессіи саратовскому земству. На это ходатайство «мѣстнаго земскаго комитета» комитетъ желѣзныхъ дорогъ Высочайше утвержденнымъ мнѣніемъ 7-го іюня 1867 года положилъ: «направленіе желѣзной дороги отъ Тамбова къ Саратову черезъ Кирсановъ и Аткарскъ утвердить въ общемъ видѣ; подробности-же этого направленія должны быть опредѣлены мѣстными изысканіями». На этомъ основаніи уполномоченные земства произвели изысканія на линіи; осенью 1867 года на земскомъ собраніи состоялось соглашеніе съ кирсановскимъ земствомъ и саратовскимъ городскимъ обществомъ о гарантіи 1% съ необходимаго на сооруженіе дороги капитала, прося у правительства гарантіи остальныхъ 4% дохода. Уполномоченные отъ губернскаго комитета ходатайствуютъ о выдачѣ имъ концессіи, и *безъ всякаго совѣщанія* съ своими довѣрителями рѣшаются обойтись безъ гарантіи правительства и построить дорогу исключительно средствами земства. Комитетъ министровъ въ засѣданіи 25-го іюня 1868 г. на основаніи, во-первыхъ, представленной уполномоченнымъ саратовскаго земства депеши предсѣдателя *земскаго комитета* по устройству саратовской дороги, удостовѣрявшей о дѣйствительности со-

24

гласія, какъ земства, такъ и города Саратова на принятіе гарантіи,—и, во-вторыхъ, на основаніи мнѣнія министра финансовъ, признававшаго достаточнымъ это удостовѣреніе,—положилъ поднести проектъ концессіи на Высочайшее благоусмотрѣніе. Государь Императоръ собственноручно начерталъ на журналѣ комитета министровъ слѣдующую резолюцію: «нахожу полученное засвидѣтельствованіе отъ земскаго комитета недостаточнымъ, и потому желаю, чтобы вопросъ о гарантіи былъ обсужденъ въ экстренномъ земскомъ собраніи саратовской губерніи». [1])

Еще до резолюціи Государя, *земскій комитетъ по устройству самбовско-таратовской дороги* снова заявилъ свое самостоятельное, независимое изъ своихъ довѣрителей отношеніе къ возложенному на него дѣлу. Подобно тому, какъ прежде *уполномоченные земства* безъ всякаго совѣщанія съ своими довѣрителями рѣшились обойтись безъ гарантіи правительства, точно такъ-же теперь *земскій комитетъ* заключаетъ контрактъ на сооруженіе дороги съ братьями Гладиными, Фонъ-Дезеномъ и Лукашевичемъ.

Между тѣмъ экстренное земское собраніе было созвано, и 5-го августа 1868 года состоялось постановленіе о гарантіи дохода на капиталъ, потребный на сооруженіе 1-го участка дороги и объ утвержденіи контракта на постройку дороги, который былъ заключенъ земскимъ комитетомъ.

Въ исторіи сооруженія тамбовско-саратовской желѣзной дороги необыкновенную самостоятельность и вліяніе имѣютъ *земскій комитетъ по устроенію дороги и уполномоченные* отъ земства. Они просятъ о выдачѣ имъ концессіи, они заключаютъ договоръ съ строителями дороги, они вліяютъ на мѣстное земство при рѣшеніи вопроса о содѣйствіи со стороны города и земства гарантіей дохода на потребный для сооруженія капиталъ. На чемъ основывается вся эта самостоятельность и все это вліяніе? Есть-ли это только произволъ отдѣльныхъ лицъ, или силою обстоятельствъ созданное положеніе, которое слѣдуетъ понять и дать ему юридическое опредѣленіе. Неужели оттого, что явленіе новое и непредусмотрѣнное ни въ законѣ, ни въ сочиненіяхъ ученыхъ ни нашихъ, ни запад-

---

[1]) Слова резолюціи заимствованы изъ изслѣдованія *А. Головачева*: желѣзныя дороги въ Россіи, см. сборникъ государственныхъ знаній, т. V, стр. 215.

ныхъ, мы къ нему должны отнестись отрицательно? Подобной самостоятельностью пользуются учредительные комитеты въ Швейцаріи, какъ мы это видѣли изъ приведеннаго очерка цюрихскаго адвоката Мейли. Сходство явленій слагаетъ съ нихъ характеръ случайности и произвола. Была-же какая-то однородная причина, вызвавшая къ жизни самостоятельно отъ довѣрителей дѣйствующій земскій саратовскій комитетъ по устройству желѣзной дороги и тѣ комитеты, которые возникаютъ въ Швейцаріи съ такой-же независимостью и для устройства тоже желѣзныхъ дорогъ.

Мы не допускаемъ возможности рѣшать явленія общественной жизни подведеніемъ ихъ подъ нормы уголовнаго закона, какъ это дѣлаетъ А. Головачевъ, говоря: «очевидно, что такія распоряженія со стороны комитета выходили изъ предѣловъ даннаго довѣрія и могли возбудить уголовное преслѣдованіе виновныхъ». (Сборникъ Государственныхъ Знаній т. V, стр. 216). Виновный, котораго мы-бы здѣсь судили, заботился о благѣ своей страны и несогласіе въ экономическихъ взглядахъ на дѣятельность и задачи, которыя должно преслѣдовать или отъ которыхъ должно воздерживаться, по мнѣнію А. Головачева, русское земство, еще не внесено, слава Богу, въ уложеніе уголовное, какъ дѣяніе преступное.

Вѣдь у насъ, въ Россіи, земство не мало содѣйствовало проведенію желѣзнодорожныхъ путей. Мы представимъ перечень земскихъ дорогъ въ хронологическомъ порядкѣ выдачи на нихъ концессій. Первая по времени концессія выдана *воронежскому земству*, 12-го августа 1866 года, на сооруженіе козлово-воронежской линіи (П. С. № 43,561 и 46,705); вторая—елецкому земству, на елецко-грязскую дорогу, дана 1-го марта 1867 г. (П. С. № 44,306); третья концессія выдана 24-го марта 1867 года орловскому земству на орловско-витебскую дорогу (П. С. № 44,378 и 45,791); елецкому-же земству выдана 22-го апрѣля 1868 года четвертая концессія на елецко-орловскую дорогу (П. С. 45,747). Тамбовское и козловское земства просятъ утвердить за ними, пятую по порядку выдачи, концессію на образованіе акціонернаго общества для сооруженія желѣзной дороги отъ Козлова къ Тамбову (П. С. № 45,709). Здѣсь земство впервые беретъ на себя гарантіи дохода на весь капиталъ въ 2%. Концессія утверждена 14-го апрѣля 1868 года. Концессію на тамбовско-саратовскую дорогу получаетъ саратовское губернское, кирсановское уѣздное земство и городъ Са-

ратовъ,—это шестая концессія (П. С. № 46,371). Седьмую земскую концессію получаетъ борисоглѣбское земство на грязе-царицынскую дорогу (П. С. № 47,240, 48,743 и 49,818). Воронежское земство и Земля Войска Донскаго принимаютъ чрезъ своихъ уполномоченныхъ участіе въ проведеніи воронежско-ростовской дороги. Наконецъ, эстляндское дворянство ходатайствуетъ о дарованіи ему уступочнаго договора на сооруженіе балтійской желѣзной дороги (П. С. 46,184).

Неужели громадная сѣть дорогъ, идущихъ отъ Витебска на соединеніе съ Волгой въ двухъ различныхъ пунктахъ—въ Саратовѣ и Царицынѣ, возникшая при содѣйствій разныхъ земствъ и мѣстныхъ обществъ,—есть результатъ усилій, которыя въ состояніи вызвать одно только осужденіе способа дѣйствія отдѣльныхъ лицъ и ряда дѣятельности мѣстныхъ земскихъ учрежденій? Да отчего, спрашиваемъ мы? «Несправедливо подвергать отдѣльныхъ членовъ земства риску, сопряженному съ гарантіей желѣзнодорожнаго дохода, безъ нихъ на то согласія», говорятъ намъ (ср. А. Головачовъ ib. т. V, стр. 220). Но при взаимномъ обязательномъ страхованіи [1],—при обязательномъ обезпеченіи продовольствія [2] въ крестьянскихъ обществахъ,—члены крестьянскаго общества подвергаются ограниченіямъ безъ всякаго съ ихъ стороны согласія. Что касается риска, то мы думаемъ, что банковыя операціи не менѣе сопряжены съ рискомъ, нежели желѣзнодорожныя, и тѣмъ не менѣе существуютъ-же земскіе банки: херсонскій и саратовскій, для устройства которыхъ поступилъ земскій продовольственный капиталъ, предназначаемый для нуждъ по продовольствію, а не для рискованныхъ торговыхъ предпріятій. [3])

---

[1]) Обязательному страхованію подлежатъ всѣ сельскія постройки, какъ частныя, такъ и общественныя, находящіяся въ чертѣ крестьянской усадебной осѣдлости. (Правила о взаимномъ страхованіи отъ огня, приложеніе къ ст. 92 прим. 1 т. XII. 1. Уст. Пожарн. изд. по сводному продолженію 1876 года).

[2]) По введеніи въ дѣйствіе уставныхъ грамотъ, обязанности по продовольствію крестьянъ съ помѣщиковъ сложены, и за тѣмъ на самихъ крестьянъ возлагается попеченіе по общественному продовольствію (ст. 9 т. XIII. Уст. объ обезпеченіи народнаго продовольствія по сводному продолженію изд. 1876 года).

[3]) Въ счетъ продовольственныхъ губернскихъ капиталовъ, причитающихся на долю губерній Херсонской и Саратовской дол-

Наше изслѣдованіе не ограничилось разсмотрѣніемъ одного общаго вопроса о правоспособности «учредителей и комитетовъ»; оно коснулось отдѣльнаго, частнаго случая, гдѣ учредительная дѣятельность находитъ свое примѣненіе, а именно, относительно сооруженія и эксплоатаціи, такъ называемыхъ, мѣстныхъ желѣзныхъ дорогъ. Какъ мы видѣли, вопросъ о мѣстныхъ желѣзныхъ дорогахъ разрѣшенъ въ такомъ смыслѣ, что отдѣльныя мѣстности имѣютъ прямое участіе въ проведеніи паровознаго пути, который имѣетъ для нихъ значеніе. Во Франціи законъ 12-го іюля 1865 года дозволяетъ отдѣльнымъ департаментамъ и общинамъ, при содѣйствіи или безъ содѣйствія заинтересованныхъ частныхъ собственниковъ, устраивать мѣстныя желѣзныя дороги и гарантировать опредѣленный размѣръ дохода концессіонеру, принявшему на себя устройство такихъ путей. Прежнія проселочныя дороги (chemins vicinaux) содержавшіяся на счетъ общинъ, замѣняются паровознымъ сообщеніемъ, издержки на устройство котораго покрываются изъ того-же источника т. е., изъ средствъ департамента и общинъ, Иногда казна оказываетъ съ своей стороны содѣйствіе, выдавая въ ссуду мѣстнымъ учрежденіямъ извѣстную сумму денегъ изъ особо назначеннаго для этого фонда, не превышая въ ежегодныхъ выдачахъ высшаго предѣла шести милліоновъ франковъ. Въ подтвержденіе сказаннато, мы приведемъ подлинный текстъ тѣхъ статей закона 12-го іюля 1865 года, которыя имѣютъ значеніе для нашего изслѣдованія:

«Les chemins de fer d'intérêt local peuvent être établis: 1) par les departements ou les communes, avec ou sans le concours des proprietaires intéressés; 2) par des concessionnaires, avec le concours des depatements ou des communes..... Des subventions peuvent être accordées sur les fonds du Tresor, pour l'execution des chemins de fer d'interêt local. La somme affectée chaque année sur les fonds du Trésor au paiement des subventions mentionnées en l'article précédent ne pourra depasser six millions». (art. 1. 5 et 6, loi relative aux chemins de fer d'interêt local, du 12 juillet 1865 года).

жны быть зачислены суммы, ассигнованныя на основаніи правилъ 21-го мая 1864 года и 8-го ноября 1865 года заимообразно для земскихъ банковъ сихъ губерній (Прим. 1, ст. 2. изъ приложенія къ ст. 1 т. XIII. Уставъ Прод. Правила о распред. продовол. капиталовъ по сводному продолженію изд. 1876 года).

Мы сказали, что прежде департаменты обязаны были содержать проселочныя дороги, теперь они имѣютъ возможность, хотя и не обязаны, устраивать на свои средства мѣстные паровозные пути. Мѣстныя желѣзныя дороги настоящаго времени замѣняютъ проселочные пути прежняго времени, и эта связь между ними выразилась въ одномъ высшей степени характеристическомъ явленіи. Проселочные пути вызваны потребностями отдѣльныхъ мѣстностей въ сообщеніи, что естественнѣе было-бы, кажется, какъ не проведеніе новаго усовершенствованнаго способа передвиженія по тѣмъ направленіямъ, которыя указаны существующими уже гужевыми путями; вѣдь паровозное сообщеніе по мѣстнымъ желѣзнымъ дорогамъ, подобно гужевому, должно соображаться съ условіями той мѣстности, по которой пролегаетъ. Эта мѣстность уже разсѣчена существующими для мѣстныхъ нуждъ путями сообщенія, занимающими значительныя полосы земли, отведенныя подъ полотно дорогъ. Усовершенствованный способъ передвиженія посредствомъ пара и рельсовъ можетъ быть приложенъ къ намѣченной въ дѣйствительно существующихъ гужевыхъ путяхъ сѣти дорогъ. Проселочныя дороги, не переставая служить для гужеваго движенія, даютъ мѣсто рельсовому пути, подчиняясь совмѣстному пользованію съ одной стороны всѣхъ безпрепятственно идущихъ и ѣдущихъ въ обыкновенныхъ экипажахъ, съ другой—исключительному пользованію желѣзнодорожнаго предпріятія, которое, доставляя возможность болѣе удобнаго передвиженія за извѣстное вознагражденіе, извлекаетъ такимъ образомъ изъ исключительнаго своего права на сооруженный рельсовый путь прибыль.

Только во Франціи сдѣланы попытки законодательнаго опредѣленія правилъ о предоставленіи существующихъ путей сообщенія въ исключительное пользованіе желѣзныхъ дорогъ, дозволяя, рядомъ съ полотномъ рельсоваго пути производить перевозку гужевую. Въ 1875 году 17-го марта въ этомъ смыслѣ составленъ законопроектъ, правда до сихъ поръ еще не получившій утвержденія со стороны органовъ законодательной власти, но тѣмъ не менѣе указывающій на положеніе разсматриваемаго нами вопроса о мѣстныхъ желѣзныхъ дорогахъ. Проектъ закона допускаетъ проведеніе мѣстныхъ желѣзныхъ дорогъ по существующимъ путямъ сообщенія, связывая ихъ матеріально съ прежними проселочными

дорогами (chemins vicinaux), которыя по закону 1836 года содержались мѣстными общинами:

«Les chemins vicinaux legalement reconnus sont à la charge des communes» (art 1. loi sur les chemins de fer vicinaux 21 mai 1836 года).

Возьмемъ другой примѣръ, свидѣтельствующій въ пользу признанія самостоятельнаго значенія мѣстныхъ желѣзныхъ дорогъ. Мы сошлемся не на Швейцарію, о которой могли-бы намъ сказать, что здѣсь, вслѣдствіе раздѣленности ея на кантоны, возможна система мѣстныхъ рельсовыхъ путей. Нѣтъ, мы укажемъ на Германію, гдѣ несомнѣнно господствуетъ стремленіе къ объединенію желѣзнодорожнаго управленія и къ сосредоточію его въ рукахъ самого государства. Но и въ Германіи исключительное положеніе мѣстныхъ желѣзныхъ дорогъ находитъ свое признаніе. Когда прусское министерство внесло въ 1879 году въ палату депутатовъ (Haus der Abgeordneten) проектъ закона относительно расширенія государственныхъ желѣзныхъ дорогъ и участія государства въ нѣкоторыхъ частныхъ желѣзнодорожныхъ предпріятіяхъ (Entwurf eines Gesetzes bettreffend die Erweiterung der Staatseisenbahnen und die Betheiligung des Staates bei mehreren Privateisenbahnunternehmungen), то въ числѣ многочисленныхъ объяснительныхъ записокъ къ внесенному проекту, находится записка относительно содѣйствія со стороны государства сооруженію мѣстныхъ желѣзныхъ дорогъ посредствомъ облегченія существующихъ для желѣзныхъ дорогъ требованій (Denkschrift bettreffend die staatsseitige Förderung des Lokalbahnbaues durch Gewährung von Erleichterung in den sonst bei Eisenbahnunternehmungen üblichen Anforderungen). Къ числу такихъ облегченій относится, во-первыхъ, дозволеніе не однимъ только акціонернымъ компаніямъ, но и частнымъ лицамъ сооружать мѣстныя желѣзныя дороги; во-вторыхъ, такія дороги не подлежатъ налогамъ въ пользу государства, вслѣдствіе предполагаемой ихъ малодоходности; далѣе, они не обязаны содержать движеніе на одинаковой степени быстроты, какъ обыкновенныя желѣзныя дороги, не обязаны перевозить почтовую корреспонденцію. Въ этой-же запискѣ говорится о возможности проложенія рельсовъ по существующимъ путямъ сообщенія и забота о соглашеніи приходящихъ въ соприкосновеніе интересовъ возлагаетъ на дорожную полицію (We-

gepolizei), которая должна руководствоваться слѣдующими соображеніями, изложенными въ запискѣ:

«Чтобы рядомъ съ необходимымъ для полотна желѣзной дороги пространствомъ оставалось еще достаточно мѣста для гужеваго движенія (Wagenverkehr), для склада ремонтнаго матеріала,—движеніе это должно производиться съ соблюденіемъ необходимыхъ мѣръ предосторожности. Быстрота движенія понижается съ 20 километровъ въ часъ на 12 во время значительнаго скопленія проѣзжающихъ; запрещены сигнальные паровозные свистки; предписанъ медленный ходъ поѣзда, если движеніе его пугаетъ лошадей и можетъ произвести иныя случайности».

Сооруженіе «мѣстныхъ желѣзныхъ дорогъ», для которыхъ не требуется примѣненіе всѣхъ дорогостоющихъ техническихъ условій, обходится поэтому дешевле, нежели проведеніе обыкновенной паровозной дороги. «*Мѣстныя линіи*» становятся «*дешевыми линіями*» (des lignes économiques), для сооруженія которыхъ слѣдуетъ привлечь мѣстныя средства, такъ какъ предпріятіе слишкомъ ничтожно для дѣятельности большихъ акціонерныхъ компаній, требующихъ, по значителености основнаго своего капитала, большую выручку, какъ дивидентъ, чего «мѣстныя дешевыя желѣзныя дороги» не въ состояніи дать.

На практикѣ вопросъ о «мѣстныхъ, дешевыхъ линіяхъ», разрѣшенъ давно самымъ удачнымъ образомъ въ Шотландіи, гдѣ жители отдѣльныхъ мѣстностей проложили паровозные пути тамъ; куда обширныя желѣзнодорожныя предпріятія не рѣшались обращать свои денежныя средства. Здѣсь мы видимъ близкое осуществленіе идеала въ желѣзнодорожномъ дѣлѣ, состоящаго въ возможности провести рельсовое сообщеніе въ каждую отдѣльную мѣстность, въ каждое жилище, на что должны быть обращены частныя средства непосредственно заинтересованныхъ. [1])

У насъ, въ Россіи, законъ не дѣлаетъ никакого различія между обыкновенными и мѣстными желѣзными дорогами, хотя въ дѣйствительности эти различія могутъ быть указаны. Рядомъ съ такими дорогами, которыя сооружены или на средства казны, или на капиталы акціонерныхъ обществъ, существуютъ пути, построенные отдѣльными лицами, или товариществами на вѣрѣ, напр.,

---

[1]) A. Richard, chemins de fer locals, pag. 29—34.

вѣтвь къ Константиновской желѣзной дорогѣ разрѣшено князю Ливену построить на собственный счетъ (собраніе узаконеній 1877 г. № 88), Мячковская дорога принадлежитъ товариществу на вѣрѣ (собран. узакон. 1878 г. № 53). Въ сооруженіи цѣлаго ряда путей принимаютъ денежное участіе мѣстныя учрежденія, земство, города. Это участіе нашло свое опредѣленіе въ законодательствѣ, что имѣетъ несомнѣнное значеніе въ смыслѣ признанія особаго положенія нѣкоторыхъ желѣзныхъ дорогъ, проведенныхъ при содѣйствіи мѣстныхъ учрежденій. Здѣсь положено начало мѣстнымъ желѣзнымъ дорогамъ. Законодатель нерѣшительно относится къ подлежащему на его разрѣшеніе вопросу; онъ не даетъ никакого окончательнаго и общаго признанія особаго разряда мѣстныхъ желѣзныхъ дорогъ, но уклончиво говоритъ:

1) «Не издавая общаго закона объ участіи земскихъ учрежденій въ промышленныхъ предпріятіяхъ, предоставить частные вопросы сего рода отдѣльному, при каждомъ имѣющемъ возникнуть случаѣ, разрѣшенію, въ законодательномъ порядкѣ».

2) «Губернскимъ и уѣзднымъ земскимъ учрежденіямъ предоставляется впредь принимать именемъ земствъ обязательства о гарантіи опредѣленнаго дохода съ такихъ желѣзныхъ дорогъ, построеніе которыхъ въ установленномъ порядкѣ признано полезнымъ. Всѣ ходатайства о разрѣшеніи устройства желѣзныхъ дорогъ съ гарантіей земствъ представляются министру внутреннихъ дѣлъ, который по соглашенію съ министромъ финансовъ передаетъ оныя министру путей сообщенія для представленія въ комитетъ министровъ.—Размѣръ гарантіи не можетъ превышать 30% окладныхъ земскихъ сборовъ». (В. утвержд. мнѣн. государственнаго совѣта 23-го мая 1870 г. о принятіи земскими учрежденіями обязательствъ о гарантіи опредѣленнаго дохода съ желѣзныхъ дорогъ П. С. № 48,397).

Если «мѣстныя желѣзныя дороги» не приняты до сихъ поръ еще въ нашемъ законодательствѣ, какъ необходимая система паровозныхъ путей, то не подлежитъ сомнѣнію, что онѣ существуютъ у насъ въ дѣйствительности и должны получить свое законодательное опредѣленіе; онѣ даже отчасти его получили въ предположенной, въ 1874 году, сѣти, такъ называемыхъ, «*подъѣздныхъ путей*» отъ городовъ и торгово-промышленныхъ пунктовъ къ станціямъ желѣзныхъ дорогъ. По поводу «подъѣздныхъ путей» министръ пу-

тей сообщенія входитъ въ сношенія съ городами, общественными управленіями и земствами, какъ относительно направленія и необходимости подъѣздныхъ путей, такъ и о способахъ, какіе со стороны означенныхъ управленій и земствъ могутъ быть преподаны для сооруженія подъѣздныхъ путей (П. С. № 54,403).

Мы сказали, что у насъ, въ Россіи, существуютъ «мѣстныя желѣзныя дороги». Сюда мы отнесемъ, кромѣ земскихъ дорогъ, еще слѣдующія: «Путиловскую», «Гутуевскую» и «Московско-Мячкинскую» желѣзныя дороги. Всѣ три названныя линіи сооружены въ интересѣ отдѣльныхъ мѣстностей и имѣютъ одну общую отличительную особенность, которая состоитъ въ томъ, что всѣ онѣ сооружены и эксплоатируются первое время по открытіи на нихъ движенія не акціонерными обществами, какъ главныя линіи, но товарищестьами на вѣрѣ, которыя должны будутъ обратиться въ акціонерныя компаніи. Только товарищество Путиловской желѣзной дороги, учрежденное въ 1870 году (П. С. № 48189) замѣнено въ 1876 году акціонернымъ обществомъ (П. С. № 56. 446). Кромѣ названныхъ «мѣстныхъ линій», общества отдѣльныхъ желѣзныхъ дорогъ строятъ «подъѣздные пути» для соединенія своихъ дорогъ съ какимъ-либо промышленнымъ пунктомъ, напр., общество Ряжско-Моршанской желѣзной дороги беретъ на себя устройство и эксплоатацію вѣтви къ селу Ухолову (П. С. № 54845), подобно тому и общество Варшавско-Вѣнской желѣзной дороги строитъ двѣ линіи и содержитъ на нихъ движеніе, одну—къ заводу Юзефову, другую—къ каменоугольнымъ копямъ Феликса (Собраніе узаконеній и распоряженій правительства 1877 года № 66).

Всѣ названные «мѣстные и подъѣздные пути» должны будутъ по окончаніи срока концессіи перейти въ собственность казны, въ завѣдываніи которой въ настоящее время находится одна только короткая узкоколейная Ливенская желѣзная дорога. Ливенская линія, — единственная въ Россіи правительственная желѣзная дорога,—имѣетъ характеръ не главнаго пути, но «мѣстной, подъѣздной дороги». Протяженіе ея равняется только 56,8 верстъ, по ней нѣтъ вовсе движенія товара большой скорости, что не зависитъ нисколько оттого, что Ливенская дорога ускоколейная, такъ какъ по другимъ русскимъ ускоколейнымъ дорогамъ — Новгородской, Вологодской — производится движеніе товара большой ско-

рости [1]), но объясняется ограниченнымъ мѣстнымъ движеніемъ грузовъ, которое довольствуется медленной перевозкой товара малой скорости, хотя его перевезено по Ливенской дорогѣ вдвое болѣе, нежели на каждой изъ двухъ другихъ узкоколейныхъ дорогъ. Ливенская дорога перевезла въ 1878 году 6.017,672 пуда товаровъ малой скорости, Вологодская-же—всего только 3,763,496 пудовъ, а Новгородская еще менѣе—3,347,297 пудовъ [2]).

Изъ всего сказаннаго о «мѣстныхъ, дешевыхъ, подъѣздныхъ путяхъ» мы можемъ составить себѣ о нихъ понятіе. Они предназначены для удовлетворенія потребности въ удобныхъ путяхъ сообщенія отдѣльныхъ незначительныхъ поселеній, фабрикъ, заводскихъ предпріятій. Техническія условія мѣстныхъ дорогъ несравненно ниже тѣхъ требованій, которымъ должны удовлетворять желѣзныя дороги, имѣющія общеполезное значеніе (d'intérêt général), отъ этого стоимость желѣзныхъ дорогъ несравненно дешевле стоимости главныхъ линій. Наконецъ, мѣстныя линіи служатъ для соединенія отдаленныхъ мѣстностей, обойденныхъ главными желѣзными дорогами, съ этими послѣдними, давая возможность постоянными подвозами грузовъ избѣжать одновременнаго накопленія ихъ на главныхъ линіяхъ, устраняя до нѣкоторой степени, такъ незываемые, *залежи грузовъ* на главныхъ линіяхъ. Это важное значеніе «подъѣздныхъ путей» указывается всѣми, кто обращался къ изслѣдованію желѣзнодорожнаго дѣла и мѣстныхъ линій .... «les lignes locales, qui transportant çà et là les produits des diverses régions, permettront d'éviter l'encombrement des gares principales et l'accumulation sur un seul point des denrées de même nature» [3]).

Въ заключеніе нашего очерка о мѣстныхъ желѣзныхъ дорогахъ, мы укажемъ на важнѣйшіе законодательные акты, къ нимъ относящіяся за послѣдніе два-три года. Мѣстныя желѣзныя дороги получили болѣе правильное опредѣленіе въ новѣйшемъ законодательствѣ французскомъ. Законъ 12-го іюля 1865 года о мѣстныхъ рельсовыхъ путяхъ не разграничивалъ ихъ вовсе отъ ли-

---

[1]) Валовой сборъ и количество перевезенныхъ пассажировъ и товаровъ по желѣзнымъ дорогамъ въ 1878 году, Журналъ министерства путей сообщенія, 1879, т. I. кн. 3. Вѣдомость за декабрь 1878 года.

[2]) См. вышеприведенную ссылку.

[3]) A. Richard, chemins de fer local, pag. 13.

ній, предназначенныхъ служить для потребностей, выходящихъ за предѣлы интересовъ тѣснаго круга отдѣльной общины, города и ближащихъ мѣстностей. Поэтому нерѣдко мѣстныя желѣзныя дороги, предназначавшіяся, по мысли строителей, для удовлетворенія мѣстныхъ потребностей въ дешевой и удобной перевозкѣ людей и грузовъ, получили, по открытіи на нихъ движенія, положеніе государственныхъ путей (d'intérêt général), пріобрѣтя значеніе для военныхъ и хозяйственныхъ потребностей всей страны.

По закону желѣзная дорога могла относиться къ числу мѣстныхъ путей; въ дѣйствительности-же она являлась съ значеніемъ государственной линіи, а это неблагопріятно отзывалось на интересахъ мѣстныхъ и государственныхъ. Дорога, сооруженная для мѣстныхъ потребностей, обременялась сверхъ находящихся въ ея распоряженіи средствъ для передвиженія; она не могла, по недостаточности своего устройства и приспособленій, удовлетворить всѣ обращенныя къ ней требованія.

Происходящіе отъ этого безпорядки на мѣстныхъ линіяхъ указаны въ «докладѣ министра публичныхъ работъ де—Фрейсинэ президенту французской республики отъ 2-го января 1878 года». Де-Фрейсинэ предлагаетъ установить строго законное разграниченіе мѣстныхъ и государственныхъ желѣзныхъ дорогъ. Для этого онъ проситъ президента республики назначить коммисію, которая опредѣлила-бы на основаніи экономическаго и военнаго значенія отдѣльныхъ линій, какія изъ нихъ должны быть отнесены *въ сѣть государственныхъ* и какія въ *сѣть мѣстныхъ желѣзныхъ дорогъ*. Де-Фрейсинэ думаетъ, что изъ существующихъ мѣстныхъ линій придется перечислить къ государственнымъ путямъ до 2,100 километровъ мѣстныхъ желѣзныхъ дорогъ.

Основываясь на докладѣ де-Фрейсинэ, президентъ французской республики издалъ 2-го января 1878 года «декретъ» о назначеніи просимой министромъ желѣзнодорожной коммисіи. Когда они окончили свои работы, де-Фрейсинэ внесъ 4-го іюня 1878 г. въ палату представителей законопроектъ о разрядахъ дополнительной сѣти государственныхъ желѣзныхъ дорогъ, предлагая посредствомъ *выкупа* мѣстныхъ линій, по мѣрѣ надобности, *указываемой* на основаніи военныхъ и экономическихъ соображеній, перевести нѣкоторые мѣстные пути въ разрядъ государственныхъ дорогъ. *Выкупъ* мѣстныхъ линій долженъ быть совершенъ отчасти

государствомъ при денежномъ участіи отдѣльныхъ департаментовъ общинъ и частныхъ лицъ, но главнымъ образомъ *выкупъ* мѣстныхъ линій долженъ быть сдѣланъ шестью большими французскими желѣзнодорожными обществами. Бремя и выгоды отъ выкупа мѣстныхъ линій распредѣляются между государствомъ и желѣзнодорожными компаніями.

Внесенный де-Фресинэ въ палату представитей французской республики законопроекъ о выкупѣ мѣстныхъ желѣзныхъ дорогъ переданъ палатой особой коммиссіи, которая его одобрила, вслѣдъ затѣмъ палата и сенатъ приняли предложеніе, ставшее закономъ.

Выкупленныя государствомъ или частными компаніями мѣстныя линіи войдутъ въ сѣть общеполезныхъ желѣзныхъ дорогъ (d'intérêt général), остающіяся затѣмъ рельсовые мѣстные пути и вновь сооруженные составляли сѣть мѣстныхъ желѣзныхъ дорогъ (d'intérêt local). Новѣйшее французское законодательство не отмѣнило закона 12-го іюля 1865 года о мѣстныхъ желѣзныхъ дорогахъ, но ограничило и точнѣе его опредѣлило. [1])

Итальянское желѣзнодорожное право признаетъ два рода мѣстныхъ рельсовыхъ путей: во-первыхъ, мѣстныя линіи болѣе значительныя и во-вторыхъ—мѣстныя линіи, предназначенныя служить исключительно мѣстнымъ нуждамъ. Распубликованый 29-го іюля 1879 года законъ объ итальянскихъ желѣзныхъ дорогахъ привлекаетъ денежное участіе отдѣльныхъ провинцій при сооруженіи мѣстныхъ линій. Если мѣстные рельсовые пути относятся къ первой категоріи, то 1/5 капитала доставляется провинціями, заинтересованными въ проведеніи мѣстной желѣзной дороги. Если-же мѣстныя желѣзныя дороги принадлежали ко второй категоріи, то заинтересованныя общины и провинціи доставляютъ 4/10 изъ первыхъ 80,000 лиръ на километръ дороги, 3/10 изъ слѣдующихъ 70,000 лиръ и 1/10 изъ остальной суммы капитала, необходимаго для сооруженія исключительно мѣстной желѣзной дороги. Право собствен-

[1]) Изложенное развитіе новѣйшаго французскаго законодательства о мѣстныхъ и общеполезныхъ желѣзныхъ дорогахъ основано на запискѣ прусскаго министерства Zusammenstellung der auf Verstaatlichung der Eisenbahnen gerichteten Vorgänge in Bayern, Sachsen, Belgien, Frankreich, Jtalien und Oesterreich», въ stenogr. Berichte über die Verhandlungen des Hauses der Abgeordneten, 1879 г. № 5. Aktenstück, стр. 123.

ности на мѣстныя линіи въ силу закона 29-го іюля 1879 года принадлежитъ государству, но отдѣльныя мѣстности, участвовавшія въ составленіи нужнаго для сооруженія линіи капитала имѣютъ право на часть изъ выручаемаго отъ эксплоатаціи дороги дохода. Государство имѣетъ право по прошествіи 30 лѣтъ послѣ открытія мѣстной желѣзной дороги сложить съ себя эту обязанность, возвративъ отдѣльнымъ общинамъ и правленіямъ затраченный ими капиталъ.[1])

3. ОСНОВАНІЯ ДЛЯ ПЕРЕХОДА ЧАСТНЫХЪ ЖЕЛѢЗНЫХЪ ДОРОГЪ КЪ ГОСУДАРСТВУ. — ПРІОБРѢТЕНІЕ ПРУССКИМЪ ГОСУДАРСТВОМЪ НѢСКОЛЬКИХЪ ЛИНІЙ ВЪ 1879 ГОДУ.

Es muss das Staatsbahnsystem als der Abschluss der Entwickelung des Eisenbahnwesens angesehen werden.
Stenogr. Berichte ü. d. Verh. d. Hauses d. Abgeordneten in Preussen. 1879 г. № 5, стр. 73.

Большая часть нынѣ существующихъ желѣзныхъ дорогъ не находится ни въ управленіи, ни въ собственности государства, Сѣть рельсовыхъ путей, покрывающихъ Штаты сѣверной Америки, достигаетъ громаднаго протяженія: 128,187 километровъ, которые состоятъ въ управленіи и въ собственности отдѣльныхъ частныхъ компаній. То-же самое повторяется относительно паровозныхъ дорогъ въ Англіи, протяженіе которыхъ хотя въ пять разъ менѣе сѣти желѣзныхъ дорогъ, находящихся въ соединенныхъ штатахъ, но все таки превосходитъ количество желѣзныхъ дорогъ во всѣхъ другихъ государствахъ и достигаетъ значительной цыфры, 27,494 километровъ. Частная собственность и частная эксплоатація желѣзныхъ дорогъ въ Англіи и въ Соединенныхъ Штатахъ составляютъ первую по времени и по значенію форму, въ которую сложилось такъ недавно возникшее желѣзнодорожное дѣло. Частная собственность и частная эксплоатація рельсовыхъ путей крѣпко вкоренились въ желѣзнодорожные порядки Англіи и Соединенныхъ Штатовъ; государство безсильно предъ могуществомъ желѣзнодорожныхъ компаній, владѣющихъ въ Англіи имуществомъ, стоющимъ 13 съ половиною милліардовъ марокъ въ Соединенныхъ Штатахъ и того болѣе,

[1]) Тамъ-же, стр. 125.

—тамъ желѣзнодорожная сѣть оцѣнена почти въ 20 милліардовъ марокъ. Въ Англіи и въ Соединенныхъ Штатахъ государство сохранило одно лишь право наблюдать за принятіемъ при эксплоатаціи желѣзныхъ дорогъ нѣкоторыхъ необходимыхъ мѣръ предосторожности для предупрежденія несчастныхъ случаевъ во время пути; оно облагаетъ предпріятія налогами;—требуетъ, чтобы при перевозкѣ по желѣзнымъ дорогамъ никому не было оказываемо предпочтенія предъ другими [1]). Кромѣ того, въ Англіи государство имѣетъ *право выкупа* желѣзныхъ дорогъ изъ частной принадлежности въ собственность казны. Канцлеръ казначейства можетъ во всякое время по прошествіи 21 года со дня утвержденія парламентомъ концессіи желѣзную дорогу, купить ее отъ имени и по уполномочію королевскаго величества. Онъ долженъ за три мѣсяца предупредить объ этомъ желѣзнодорожную компанію. Право выкупа идетъ не на одну только дорогу, но распространяется на всѣ ея принадлежности и на капиталы. Цѣна выкупа опредѣляется сложностью двадцать пять разъ взятаго средняго дивидента за послѣдніе три года до выкупа. Правительство не имѣетъ права выкупать желѣзную дорогу изъ собственности частной кампаніи безъ ея согласія въ такое время, когда компанія вводитъ новый провозный тарифъ. Право выкупа частныхъ желѣзныхъ дорогъ государствомъ въ Англіи признано въ актѣ 9-го августа 1844 года, который извѣстенъ подъ пространнымъ наименованіемъ: «an Act, to attach certain Conditions to the Coustruction of future Railways authorized, or to be authorized, by any Act of the present or succeding Sessions of Parliament; and for other Purposes iu relation to Railways»,—и цитируется обыкновенно такъ: 7 and 8 Vict. Cap. 85. [2])

Ни въ одномъ изъ европейскихъ государствъ желѣзнодорожное дѣло не сложилось въ однообразную систему исключительно

---

[1]) Въ Англіи парламентскимъ актомъ 10-го іюля 1854 года «для лучшаго порядка эксплоатаціи (traffic) желѣзныхъ дорогъ и каналовъ» (au Act for the better Regulation of the Traffic on Railwaysand Canals, 17 and 18 Vict. cap. 31) запрещается оказывать кому-бы то ни было исключительное преимущество или ограниченіе при пользованіи рельсовыми путями: «without any preference or advantage or prejudice or disadvantage».

[2]) Sir William Hodges, o Treatise on the Law of Railways, London, 1869. Appendix, стр. 18.

одних только частных рельсовых путей, которые находились-бы въ эксплоатаціи частныхъ компаній. Для этого не доставало ни денежныхъ капиталовъ, ни необходимой личной предпріимчивости, которую главнымъ образомъ удерживало отъ желѣзнодорожнаго дѣла въ континентальныхъ европейскихъ государствахъ то обстоятельство, что многія линіи строились не съ цѣлями промышленными и не для сближенія отдѣльныхъ народовъ, но для неотложной необходимости въ стратегическихъ линіяхъ для защиты государства.

Въ большей части государствъ Европы не примѣняется однородная система желѣзныхъ дорогъ, состоящихъ на правѣ частной собтвенности и въ эксплоатаціи частныхъ компаній (Privateigenthum und Privatbetrieb der Eisenbahnen), какъ это установилось въ Англіи и Соединенныхъ Штатахъ, но здѣсь приводится *смѣшанная система*, опирающаяся на частную предпріимчивость и на участіе государства, которыя распредѣляютъ между собой отдѣльныя стороны въ желѣзнодорожномъ дѣлѣ. Такимъ образомъ стало возможнымъ такое явленіе, что право собственности на желѣзную дорогу принадлежитъ государству, а эксплоатація ея принадлежитъ частной копаніи (Staatseigenthum und Privatbetrieb), или наоборотъ: частная компанія имѣетъ право собственности на желѣзную дорогу, которую, эксплоатируетъ государство (Privateigenthum und Staatsbetrieb). Неудобство, сложность смѣшанныхъ системъ въ жежелѣзнодорожномъ дѣлѣ, создали необходимость перейти къ однообразному порядку. Въ настоящее время на западѣ Европы совершается повсемѣстно переходъ желѣзныхъ дорогъ изъ частной собственности и частной эксплоатаціи въ собственность и эксплоатаціи государствъ. Это явленіе принято называть *огосударствленіемъ* (Verstaatlichuug) желѣзныхъ дорогъ. Оно обошло почти всѣ страны Западной Европы, нигдѣ еще не ставъ исключительно господствующимъ порядкомъ въ желѣзнодорожномъ дѣлѣ одного какого-либо государства, но уже успѣло перевести на государство посредствомъ принудительнаго выкупа желѣзныхъ дорогъ значительное число рельсовыхъ путей. Не касаясь пока фактическихъ подробностей *огосударствленія* (Verstaatlichung) желѣзныхъ дорогъ, мы не можемъ оставить безъ вниманія тѣ основанія, которыя приводятся въ доказательство необходимости перехода желѣзныхъ дорогъ въ исключительную собственность и эксплоатаціи государства

(Staatseigenthum und Staatsbetrieb). Выдающееся значенiе въ этомъ отношенiи принадлежитъ объяснительной запискѣ, приложенной къ проекту о выкупѣ нѣкоторыхъ желѣзныхъ дорогъ изъ частной собственности прусскимъ государствамъ. Проектъ закона внесенъ въ ноябрѣ 1879 года въ прусскую палату депутатовъ и въ числѣ приложенiй находится подробное изложенiе основанiй законопроекта. Къ этому документу мы и перейдемъ. [1])

Современное состоянiя желѣзнодорожнаго дѣла въ прусскомъ государствѣ вызываетъ необходимость примѣненiя системы государственныхъ желѣзныхъ дорогъ. До сихъ поръ въ прусскомъ желѣзнодорожномъ законодательствѣ не находила выраженiя мысль объ образованiи изъ желѣзныхъ дорогъ, проведенныхъ въ странѣ, общей сѣти рельсовыхъ путей, которая служила-бы для обширнаго оборота,—а также о развитiи однороднаго учрежденiя, которое управляло-бы передвиженiемъ и состояло-бы въ завѣдыванiи государства. Хотя и прежде государственнное значенiе желѣзныхъ дорогъ въ Пруссiи признавалось и прямо выражено въ законѣ 3-го ноября 1838 года, но только въ позднѣйшiй перiодъ развитiя въ полномъ свѣтѣ выступила ихъ важность, какъ государственныхъ и военыхъ путей для передвиженiя войскъ и для движенiя всемiрнаго торговаго оборота. Неудовлетворительное состоянiе, вызванное частной эксплоатацiей желѣзныхъ дорогъ многими разнообразными предпрiятiями сомнительной обезпеченности и ограниченной способности къ управленiю, злоупотребленiя предпринимателей своимъ привилегированнымъ положенiемъ, часто заявляемое сопротивленiе противъ общеполезныхъ реформъ, сложность и въ большинствѣ случаетъ ни на чемъ не основанное различiе въ порядкѣ управленiя и содержанiя движенiя, сбивчивость тарифовъ, борьба и необыкновенная расточительность, вносимая ожесточенной конкурренцiей многочисленныхъ правленiй,—указали отдѣльнымъ кругамъ лицъ на тяжелый вредъ общественному интересу, который неразрывно свя-

---

[1]) Объяснительная записка къ законопроекту 1879 года о прiобрѣтенiи прусскимъ государствомъ нѣкоторыхъ частныхъ желѣзныхъ дорогъ озаглавлена такъ: «Begründug des Gesetzentwurfs, betreffend den Erwerb mehrerer Privateisenbahnen für den Staat». Записка помѣщена въ «Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Hauses der Abgeordneten» за 1879 г. Aktenstück, къ № 5, стр. 34—74.

занъ съ частной эксплоатаціей желѣзныхъ дорогъ. Съ другой стороны, развивающееся государственное управленіе желѣзными дорогами подготовило иное благопріятное разрѣшеніе вопроса. Значительное расширеніе государственныхъ желѣзныхъ дорогъ чрезъ присоединеніе пріобрѣтенныхъ въ 1866 году провинцій и учрежденіе связующихъ линій между восточной и западной сѣтью государственныхъ желѣзныхъ дорогъ—создали для Пруссіи систему государственныхъ желѣзныхъ дорогъ, какъ безповоротно данное, вытѣснивъ, такъ называемую, смѣшанную систему. Такимъ образомъ, выступила впередъ потребность удовлетворить общественный интересъ не только путемъ законныхъ реформъ и государственнаго надзора надъ частной эксплоатаціей дорогъ, но полнымъ устраненіемъ частной эксплоатаціи желѣзныхъ дорогъ и объединеніемъ всѣхъ важнѣйшихъ линій страны въ рукахъ государства. Соображенія, по которымъ прежнее законодательство отступало отъ такого рѣшенія,—устранены. Расширенная и болѣе замкнутая государственная область, развитіе финансовыхъ силъ страны и счастливое состояніе государственнаго кредита оказали благопріятное вліяніе на воззрѣніе, которое возлагаетъ на государство столь важную и высокую задачу.

Уже въ докладѣ спеціальной коммиссіи для изслѣдованія порядка желѣзнодорожныхъ концессій въ 1873 году это воззрѣніе нашло свое выраженіе въ слѣдующихъ словахъ:

«При томъ расширеніи и развитіи желѣзнодорожнаго дѣла, котораго оно достигло въ послѣднее время и котораго еще болѣе слѣдуетъ ожидать въ будущемъ, хозяйственныя основанія и воззрѣнія указываютъ, какъ на конечную цѣль въ развитіи желѣзнодорожныхъ дорогъ—на объединеніе ихъ въ рукахъ государства».

Съ этого времени эта послѣдняя цѣль приближется къ осуществленію по мѣрѣ дальнѣйшаго развитія желѣзнодорожнаго дѣла. Расширеніе государственныхъ желѣзныхъ дорогъ почти удвоилось; протяженіе линій, находящихъ въ управленіи государства, уже превышаетъ совокупность линій, находящихся въ частномъ управленіи; почти неустранимая недостаточность государственнаго надзора относительно все болѣе и болѣе возростающаго неудовлетворительнаго состоянія въ частномъ управленіи желѣзныхъ дорогъ создаетъ болѣе и болѣе широкій кругъ сторонниковъ государственныхъ желѣзныхъ дорогъ, тогда какъ опыты законныхъ ре-

формъ не даютъ основанія надѣяться на достаточное улучшеніе безъ глубокаго вмѣшательства закона въ существующія права и интересы. Правительство государства поэтому не видѣло никакихъ препятствій указать на введеніе системы государственныхъ желѣзныхъ дорогъ, какъ на задачу желѣзнодорожной политики и предложить проектъ закона о дополненіи сѣти государственныхъ желѣзныхъ дорогъ чрезъ пріобрѣтеніе нѣкоторыхъ частныхъ дорогъ.

Дѣйствительно, не подлежитъ сомнѣнію при безпристрастномъ обсужденіи, что вопросъ о необходимости для Пруссіи принять порядокъ государственныхъ желѣзныхъ дорогъ перестаетъ быть открытымъ, но становится рѣшеннымъ въ положительномъ смыслѣ. Если несовершенный порядокъ, обусловленный сохраненіемъ большихъ самостоятельныхъ частныхъ желѣзныхъ дорогъ рядомъ съ естественно возрастающимъ могуществомъ государственнаго управленія долженъ былъ еще терпимъ нѣкоторое время на основаніи безусловно принудительныхъ соображеній, основанныхъ на финансовомъ состояніи государства, то во всякомъ случаѣ столь-же невозможно, какъ несогласно съ интересами страны сохранить частные рельсовые пути на продолжительное время.

Поэтому, если нѣтъ надобности далѣе оправдывать систему государственныхъ желѣзныхъ дорогъ, то не слѣдуетъ въ дальнѣйшемъ изложеніи устранять изъ разсмотрѣнія тѣ исходныя начала, которыя имѣютъ опредѣляющее значеніе для правительства относительно принятія и примѣненія системы государственныхъ желѣзныхъ дорогъ.

Развитіе желѣзнодорожнаго дѣла неравномѣрно и неоднообразно сложилось въ современныхъ культурныхъ государствахъ подъ вліяніемъ исключительныхъ отношеній и особенностей отдѣльныхъ странъ, государствъ, народовъ.

Богатство и обширность оборота въ странѣ опредѣляютъ размѣръ внѣшняго развитія, тогда какъ порядокъ развитія существенно находится въ зависимости отъ особенности положенія и отношенія отдѣльныхъ странъ, отъ особенностей и національнаго характера народа и его госудаственныхъ учрежденій.

Обширность оборота не обусловлена той формой, въ которой онъ совершается. Форма передвиженія является результатомъ внутреннихъ и внѣшнихъ условій, положенія страны, особенностей

національнаго характера, государственныхъ учрежденій, короче, всей совокупности внутреннихъ условій государственнаго строя.

Въ Америкѣ и Англіи преобладаетъ характеръ торговый при оборотѣ. Забота о частныхъ интересахъ здѣсь возложена на отдѣльную личность, объ интересѣ общемъ—на небольшіе союзы. Частная дѣятельность находитъ широкій просторъ, дѣлая излишнимъ вмѣшательство государства. Поэтому здѣсь развились частныя желѣзныя дороги.

Совершенно иное дѣло въ Германіи. Здѣсь особенныя условія развитія произвели совершенно особое состояніе желѣзныхъ дорогъ. Необходимая забота о военной защитѣ страны, получающая первенствующее значеніе вслѣдствіе географическаго положенія государства,—преобладаніе въ населеніи чиновнаго и военнаго элемента,—государственная опека относительно всѣхъ отраслей общественнаго благосостоянія,—ограниченная и ничтожная иниціатива отдѣльныхъ лицъ,—всѣ эти особенности призывали государство взять на себя приведеніе въ исполненіе желѣзнодорожнаго дѣла. Эта мысль не была чужда составителямъ закона 3-го ноября 1838 г. о желѣзнодорожныхъ предпріятіяхъ, ихъ удерживало только сомнѣніе политическаго характера, а также незнаніе финансовыхъ условій государственной эксплоатаціи желѣзныхъ дорогъ. Но это было *временное* состояніе желѣзнодорожнаго дѣла. До 1850 года въ Пруссіи желѣзныя дороги находятся исключительно въ завѣдываніи частной предпріимчивости, которой иногда государство оказываетъ содѣйствіе, иногда—же предоставляетъ ее собственнымъ средствамъ. Начиная съ 1850 года государство берется само за желѣзнодорожныя предпріятія, на средства казны сооружая дороги, если не находилось частнаго предпринимателя, или вступая въ управленіе частными желѣзными дорогами. Такимъ образомъ, рядомъ съ частнымъ владѣніемъ желѣзными дорогами (Privateisenbahnbesitz) образуется государственное владѣніе (Staatseisenbahnbesiz). Смѣшанное владѣніе переходитъ въ смѣшанную систему («gemischtes System»), когда обнаруживается преобладающее стремленіе признать за государствомъ господствующее значеніе въ желѣзнодорожномъ дѣлѣ. Неудовлетворительное положеніе дѣлъ нѣкоторыхъ желѣзнодорожныхъ компаній, громадная военная контрибуція, уплаченная Франціей послѣ войны 1870

и 1871 годовъ, дали возможность приступить къ послѣдовательному выполненію системы государственныхъ желѣзныхъ дорогъ.

Въ началѣ желѣзнодорожнаго дѣла отдѣльныя предпріятія ограничивались незначительными линіями, едва превышающими 20, 30 миль длины. Число отдѣльныхъ предпріятій стало быстро возрастать, какъ только обнаружилась доходность желѣзнодорожныхъ предпріятій, такъ что оно возростало по мѣрѣ увеличенія сѣти желѣзной дороги. Необходимость соединенія главныхъ торговыхъ мѣстъ прямымъ сообщеніемъ, установивъ общій тарифъ (direkte Tarife) и прямые поѣзды, необходимое соглашеніе отдѣльныхъ управленій объ общихъ учрежденіяхъ и нуждахъ—вскорѣ указали на трудности и препятствія, связанныя съ большимъ числомъ самостоятельныхъ органовъ перевозки. Къ этому присоединилось мнѣніе, что управленіе большимъ путемъ удешевляется и что вносится болѣе обдуманности при содержаніи движенія на значительномъ пути, нежели при частной эксплоатаціи отдѣльныхъ вѣтвей. Избѣжаніе излишнихъ расходовъ, необходимость быстрыхъ и простыхъ соглашеній объ общихъ интересахъ, образованіе замкнутыхъ путей (die Bildung geschlossener Routen) для главнѣйшихъ торговыхъ теченій, наконецъ, превосходство большихъ правленій надъ лежащими въ той же мѣстности меньшими предпріятіями,—всѣ эти обстоятельства вызвали сліяніе дорогъ въ нѣсколькихъ видахъ: сліяніе права собственности (Fusion des Eigenthums), управденія движеніемъ (des Betriebs) или выгодъ (der Jnteressen), сокративъ число отдѣльныхъ самостоятельныхъ органовъ движенія. Въ странахъ, гдѣ развились частныя желѣзнодорожныя предпріятія, крупныя компаніи поглотили прочія предпріятія. Тамъ же, гдѣ рядомъ съ частными предпріятіями государство получило значительное развитіе, тамъ, очевидно, государству выпало на долю поглотить меньшія предпріятія.

Такъ, во всѣхъ странахъ, имѣющихъ значительное желѣзнодорожное развитіе, появляются крупныя, замкнутыя системы эксплоатаціи (geschlossenes Betriebs-System), рядомъ съ которыми новыя самостоятельныя предпріятія, съ самостоятельнымъ значеніемъ не могутъ возникнуть.

Въ Англіи и во Франціи содержаніе движенія на желѣзныхъ дорогахъ сосредоточивается въ частныхъ компаніяхъ. Въ Бельгіи, Баваріи, Баденѣ, Вюртембергѣ, Саксоніи и недавно въ Пруссіи государство взяло въ свои руки желѣзныя дороги. Сліяніе желѣз-

ныхъ дорогъ началось теперь въ Австріи, Италіи и Россіи, хотя при незначительномъ развитіи сѣти желѣзныхъ дорогъ въ этихъ странахъ эта потребность здѣсь еще не такъ велика. Такое явленіе свидѣтельствуетъ объ извѣстной необходимости, на потребность однороднаго устроенія желѣзныхъ дорогъ въ предѣлахъ извѣстной мѣстности.

Въ основѣ желѣзнодорожнаго законодательства всѣхъ странъ лежитъ сознаніе, что съ желѣзными дорогами связанъ значительный общественный интересъ, забота объ охраненіи котораго лежитъ на государствѣ. Преимущества полнаго единства въ содержаніи движенія и въ управленіи обширнаго желѣзнодорожнаго округа, господствующаго надъ широкой государственно замкнутой областью торговаго оборота,—превосходятъ всѣ мнимыя выгоды конкурренціи. Никакая страна не можетъ избѣжать такого единства, не подвергаясь значительнымъ потерямъ:

а) относительно сооруженія, и *б) относительно содержанія движенія и управленія желѣзными дорогами.*

а) Невыгоды конкурирующихъ построекъ состоитъ въ томъ, что проводятся линіи, безполезныя для страны, на сооруженіе которыхъ совершается растрата народнаго достоянія.

Стремительное и поспѣшное сооруженіе дорогъ, вызванное конкурренціей, произвело замѣшательство въ производствѣ, усиливъ его до чрезвычайности для удовлетворенія временно возбужденнаго спроса, относящагося къ нуждамъ сооруженія. Усиленное производство не нашло впослѣдствіи сбыта.

Зло отъ конкурренціи не ограничивается растратой значительнаго капитала при сооруженіи дорогъ, но безполезные расходы продолжаютъ возростать все болѣе и болѣе съ открытіемъ движенія.

Съ открытіемъ движенія на желѣзной дорогѣ далеко не заканчивается строительная дѣялельность желѣзнодорожнаго правленія. Напротивъ того, съ этого времени возникаетъ новое ея направленіе для извлеченія возможно большихъ выгоды изъ сооруженнаго пути. Съ этой цѣлью надлежитъ облегчить доступъ къ пользованію дорогой для прилежащихъ къ ней мѣстностей, въ которыхъ находятся источники торговаго оборота. Фабрики, промышленныя заведенія, рудники, ломки, горные промыслы должны быть связаны рельсовыми путями съ желѣзной дорогой. При соединеніи же-

лѣзныхъ дорогъ съ рѣчными и мореходными судами необходимо устроить приспособленія для перегрузки,—прокладываются рельсы, строятся пристани. Въ мѣстностяхъ, удобныхъ для принятія грузовъ, должны быть устроены станціи. Съ возростаніемъ движенія является потребность измѣнить и расширить станціонныя сооруженія, рельсовый путь и вскія постройки; должны быть устроены подъѣздные пути, чтобы дать возможность подвоза изъ другихъ мѣстностей. Короче, должны быть совершены всѣ многочисленныя и разнообразныя измѣненія, способныя оживить мѣстный сбытъ и дать полнѣйшее приспособленіе желѣзной дороги къ требованію движенія въ извѣстной мѣстности.—Расходы на такое приспособленіе желѣзной дороги, послѣ открытія на ней движенія, въ мѣстностяхъ промышленныхъ—очень значительны. Если въ промышленной мѣстности пролегаютъ нѣсколько конкуррирующихъ желѣзныхъ дорогъ, то растрата капитала на такія приспособленія—громадная. «Чѣмъ ближе пролегаютъ конкуррирующіе главные пути, тѣмъ чаще встрѣчаются и пересѣкаютъ другъ друга ихъ подъѣздные пути и боковыя соединенія, чѣмъ гуще и спутаннѣе становится сѣть такихъ развѣтвленій, тѣмъ болѣе возростаютъ издержки дальнѣйшихъ сооруженій. Стоимость земли, необходимой для полотна дороги, возвышается до чрезвычайности; неизбѣжныя требованія относительно безопасности движенія вызываютъ постоянно увеличивающіеся расходы. Вмѣсто существующаго пересѣченія обыкновенныхъ дорогъ и рельсовыхъ путей на одинакомъ уровнѣ (Niveauübergang) становятся необходимы дорого стоющіе подземные или высоко поднятые переѣзды (Ueberführungen, Unterführungen). Достаточно бросить вздлядъ на карту Рейнско-Вестфальскаго камено-угольнаго округа, гдѣ линіи трехъ большихъ рейнскихъ желѣзныхъ дорогъ съ сотней подъѣздныхъ путей къ разнымъ копямъ и промышленнымъ учрежденіямъ кажутся безъисходно переплетными, чтобы убѣдиться, какая громадная растрата капитала вызывается сооруженіемъ и содержаніемъ движенія на столь спутанной сѣти, составленіе которой возникло вовсе не изъ потребностей движенія, но создано конкурренціей предпринимателей. Съ проведеніемъ въ вестфальскій каменноугольный округъ желѣзной дороги изъ Велвера (Welver) чрезъ Дортмундъ (Dortmund) въ Обергаузенъ (Oberhausen) снова растраченъ громадный капиталъ на проведеніе отъ этой линіи подъѣздныхъ путей къ конямъ и къ разнымъ промышленнымъ учрежденіямъ.

Не подлежитъ сомнѣнію, что часть затраченнаго капитала вполнѣ удовлетворила-бы требованіямъ оборота, если-бы сооруженіе производилось не подъ вліяніемъ конкуррирующихъ интересовъ различныхъ предпринимателей, но по однообразному плану.—Съ предпріятіемъ новыхъ работъ и съ производствомъ новыхъ подъѣздныхъ путей безполезно затраченный для страны капиталъ все болѣе и болѣе увеличивается, равно какъ и расходъ на содержаніе движенія отъ чрезвычайно тѣснаго проведенія сѣти.

б) Относительно содержанія желѣзныхъ дорогъ возникаютъ убытки отъ частнаго и конкурирующаго содержанія движенія.

Безполезная растрата для страны строительнаго капитала, вызванная конкуррирующей постройкой, далеко уступаетъ предъ потерями, ежедневно возростающими вслѣдствіе самостоятельнаго управленія и содержанія движенія отдѣльными желѣзнодорожными предпріятіями, при расчлененности и отсутствіи всякой системы въ областяхъ управленія. Здѣсь дѣло идетъ не объ единовременной потерѣ, но о опостоянномъ вздорожаніи издержекъ содержанія, уменьшающихъ доходность желѣзныхъ дорогъ и ложащихся тяжелымъ бременемъ на публику. Отмѣтимъ слѣдующія статьи расхода:

1) *Правленіе* (Direktorien). Въ 1877 году въ Пруссіи было 50 самостоятельныхъ желѣзнодорожныхъ правленій, управлявшихъ протяженіемъ 17,948 килом. желѣзныхъ дорогъ, такъ что среднимъ числомъ на каждое правленіе приходится 359 километровъ.

Но многія правленія завѣдуютъ движеніемъ на линіяхъ, длина которыхъ не превышаетъ 100 километровъ. Ни одна изъ этихъ линій не составляетъ замкнутаго цѣлаго съ однороднымъ, самостоятельнымъ промышленнымъ округомъ, но разныя линіи въ безпорядочной путаницѣ расположенны рядомъ или идутъ скрещиваясь.

2) *Число служащихъ* (Beamtenzahl). Содержаніе правленій, члены которыхъ пользуются значительными окладами, и многочисленныхъ служащихъ въ центральныхъ отдѣленіяхъ (въ 1877 г. центральное правленіе прусскими желѣзными дорогами имѣло 8518 служащихъ, получавшихъ содержанія 16,212,386 марокъ) требуетъ такихъ расходовъ, которые значительно должны быть сокращены при единствѣ управленія. Съ уменьшеніемъ числа самостоятельныхъ правленій задача управленія значительно упростится. Съ устраненіемъ акціонерныхъ компаній всѣ издержки на созваніе общихъ собраній, отчетность, опредѣленіе дивидента и т. п. будутъ отмѣнены.

3) *Дѣлопроизводство* (Geschäftsverkehr). Сношенія разныхъ правленій составляютъ наибольшее количество труда для отдѣльныхъ желѣзнодорожныхъ правленій. Трудно представить себѣ, до чего возросла переписка и переговоры. Совѣщанія объ однородныхъ тарифныхъ мѣропріятіяхъ и объ условіяхъ для движенія, — разсмотреніе жалобъ при движеніи на нѣсколькихъ линіяхъ,—соглашенія о пользованіи вагонными парками разныхъ обществъ, о порядкѣ движенія на переходныхъ станціяхъ и иныхъ общихъ отношеніяхъ,— о росписаніи времени движенія и споры нѣсколькихъ конкуррирующихъ линій объ управленіи движеніемъ—создаютъ издержки, которыя могли-бы быть вполнѣ устранены при однородномъ устройствѣ управленія, перенося рѣшеніе всѣхъ вопросовъ на одно учрежденіе.

4) *Тарифъ* (Tarifwesen).—Многочисленность тарифныхъ разсчетовъ по произвольности, сложности, запутанности и непостоянству своему, порождаетъ не только жалобы публики, но создаетъ для самыхъ правленій такую массу труда, о которой съ трудомъ можно составить себѣ представленіе. Всѣ эти недостатки неизбѣжны до тѣхъ поръ, пока будутъ существовать многія самостоятельныя правленія, изъ которыхъ каждое должно дать свое согласіе относительно находящагося въ его завѣдываніи участка.

Если нелегко достигнуть устнаго или письменнаго между правленіями соглашенія объ основаніяхъ для тарифа, которыя должны содержать не только размѣръ тарифа, но и правила для распредѣленія его между правленіями, участвующими въ доходахъ отъ передвиженій, то дальнѣйшее примѣненіе такихъ соглашеній требуетъ еще большаго времени, труда и издержекъ.

Когда тарифное отдѣленіе (Tarifbureau) установитъ подлежащій обнародыванію размѣръ тарифа, тогда наступаютъ тягостныя сношенія между контрольными чиновниками (Rechnungsbeamten) о размѣрѣ причитающейся платы на каждое правленіе по отдѣльной перевозкѣ.

Бухгалтерское отдѣленіе (Abrechnungsbureau) совершаетъ разсчетъ причитающейся платы за передвиженіе на каждое отдѣльное правленіе въ извѣстный періодъ времени, напр.—за мѣсяцъ. Тарифное и бухгалтерское отдѣленія содержатъ обыкновенно цѣлое полчище чиновниковъ, число которыхъ рѣшительно сократилось-бы при единствѣ управленія. Чтобы составить себѣ понятіе о разсчетахъ, которые должны быть произведены этими служащи-

ми, приведемъ слѣдующія цифры: на германскихъ желѣзныхъ дорогахъ существуетъ 63 искусственно составленныхъ мѣстныхъ тарифовъ съ самой разнообразной классификаціей, многочисленными исключительными тарифами и отдѣльными тарифными положеніями, —184 общихъ тарифовъ для прямаго сообщенія (Verbandsverkehr) на германскихъ желѣзныхъ дорогахъ, въ которыхъ содержатся 351 особыхъ тарифовъ для отдѣльныхъ предметовъ. Кромѣ того существуетъ 199 общихъ тарифовъ для прямыхъ сообщеній съ заграничными дорогами, сюда включено 314 спеціальныхъ тарифовъ для отдѣльныхъ предметовъ. Общій сборъ на прусскихъ желѣзныхъ дорогахъ по перевозкѣ грузовъ въ 1877 г. достигъ 373,419,706 марокъ, изъ которыхъ приблизительно ²/₃ приходится на прямыя сообщенія, а именно—245,265,634 м. и треть на мѣстную перевозку—128,154,072 м.—Многочисленность счетоводства замедляетъ на мѣсяцы, даже на годы разсчетъ причитающейся платы каждому отдѣльному правленію.

Вслѣдствіе разрозненности и безпорядочности въ распредѣленіи областей управленія, подобные-же недостатки, какъ относительно движенія грузовъ, встрѣчаются относительно пассажирскаго движенія. Здѣсь всего болѣе выдается одно обстоятельство — это установленіе времени отхода пассажирскихъ поѣздовъ. На съѣздахъ желѣзнодорожныхъ правленій (Konferenz der Eisenbahnverwaltungen), собирающихся каждое полугодіе, устанавливается время движенія. На основаніи постановленій этихъ съѣздовъ распредѣляется на полгода время движенія на каждой желѣзной дорогѣ. Такое періодически возобновляемое распредѣленіе времени движенія порождаетъ постоянно затруднительные и утомительные переговоры, гдѣ естественно каждое правленіе старается преслѣдовать свою личную выгоду, усиливаясь по возможности отклонить жертву въ интересѣ общественномъ. Не смотря на повторяющуюся значительную трату времени, труда и издержекъ для составленія общаго распредѣленія времени движенія поѣздовъ, результатъ работы все таки остается далеко неудовлетворительнымъ относительно желаній публики, порождая неумолкаемыя жалобы на несоотвѣтствіе между поѣздами, на эгоистическое и исключительное преслѣдованіе интересовъ конкурренціи. Только полное единство въ содержаніи движенія и въ управленіи желѣзныхъ дорогъ устранитъ все это неудовлетворительное состояніе и дастъ возможность выра-

ботать такое распредѣленіе времени движенія поѣздовъ, которое соотвѣтствовало-бы интересамъ оборота.

До какой степени правильное веденіе дѣлъ страдаетъ при правленіяхъ, раздробленныхъ на ничтожныя линіи, отъ громадной переписки и отъ множества правленій, это выясняется до очевидности при разбирательствѣ жалобъ на неисправности движенія. Публика, занимающаяся перевозкой, знаетъ, какое продолжительное время требуетъ разсмотрѣніе одной жалобы, если при этомъ участвуютъ нѣсколько правленій. Замедленіе основано на необходимости установить между разными правленіями соглашеніе по поводу жалобы. Соглашенію предшествуетъ изслѣдованіе дѣла каждымъ правленіемъ по линіи желѣзной дороги, состоящей въ его завѣдываніи и участвовавшей въ производствѣ передвиженія. Такое изслѣдованіе рѣдко приводитъ къ соглашенію, что объясняется противорѣчивыми интересами отдѣльныхъ правленій.

Отдѣленія для разсмотрѣнія жалобъ (Reklamationsbureau) наполнены десятками служащихъ, занятыхъ разбирательствомъ такихъ жалобъ. Рядомъ съ ними на каждой передаточной станціи отъ одной желѣзной дороги къ другой должны быть устроены приспособленія для наблюденія за передачей и за количествомъ переданнаго товара. Это все увеличиваетъ непроизводительные расходы, вызываемые отдѣльностью правленій многихъ желѣзныхъ дорогъ, скрещивающихся безъ всякой системы и безпорядочно спутанныхъ. Въ одной Пруссіи теперь насчитываютъ 175 передаточныхъ станцій (Uebergangsstation).

На многихъ подобныхъ передаточныхъ пунктахъ отдѣльныя правленія нѣсколькихъ желѣзныхъ дорогъ завѣдуютъ движеніемъ самостоятельно и обособлено. Нерѣдко станціи желѣзныхъ дорогъ находятся въ значительномъ другъ отъ друга отдаленіи, на другихъ-же станціяхъ, при общемъ пользованіи станціоннымъ зданіемъ, каждое правленіе имѣетъ свою отдѣльную кассу для выдачи билетовъ, свое особенное багажное помѣщеніе, иногда даже свою отдѣльную пассажирскую залу. Тамъ, гдѣ вполнѣ достаточно было-бы одной желѣзнодорожной станціи, воздвигаются отдѣльныя товарныя станціи съ ихъ особыми складами, съ проведенными высшей степени дорого стоющими соединительными путями. Каждое правленіе имѣетъ своихъ особыхъ служащихъ, свой отдѣльный подвижной составъ. Если иногда нѣсколькимъ правленіямъ удается

организовать содержаніе движенія сообща, заключивъ съ этой цѣлью, послѣ долгихъ переговоровъ, объемистыя и сложныя договорныя условія, то вслѣдъ за этимъ возникаютъ продолжительные сложные и дорогостоющіе разсчеты, а также безъисходные споры.

Громадное сбереженіе непроизводительныхъ расходовъ совершилось-бы путемъ упрощенія перевозки, для отправленія которой могли-бы быть обращены двойныя силы чрезъ сліяніе управленія и разумное распредѣленіе занятій.

Каждая желѣзная дорога имѣетъ свой отдѣльный вагонный паркъ, которымъ распоряжается исключительно въ своемъ интересѣ, хотя существуетъ соглашеніе о взаимномъ пользованіи вагонами.

За пользованіе вагонами собственникъ долженъ получить вознагражденіе, которое разсчитывается на основаніи продолжительности времени пользованія и пройденнаго пространства. Первое соотвѣтствуетъ вознагражденію за время, въ теченіи котораго вагонъ не находился въ пользованіи собственника, послѣднее—есть вознагражденіе за ухудшеніе. Поэтому, для опредѣленія платы за пользованіе вагономъ—надлежитъ точно разсчитать, какъ долго и на какое пространство по чужой дорогѣ совершенъ пробѣгъ вагономъ. На передаточной и на конечной станціи, откуда вагонъ возвращается, должны быть точно отмѣчены время отхода и прихода вагона.

Чтобы составить себѣ понятіе о количествѣ чужихъ вагоновъ, переходящихъ на постороннія желѣзныя дороги, приведемъ цифру вагоновъ рейнскаго желѣзнодорожнаго общества.

Въ 1878 году оно владѣло 12,333 вагонами. Ежедневно 2,798 вагоновъ совершали пробѣгъ на другихъ дорогахъ, и ежедневно 2,347 вагоновъ переходило съ другихъ линій.

При единствѣ управленія всѣми желѣзными дорогами, проведенными внутри страны, были-бы излишни всѣ служащіе, занятые отмѣткой переходящихъ вагоновъ, а также разсчетомъ за пользованіе ими.

Разумное пользованіе вагоннымъ паркомъ затруднено отъ различія собственниковъ, отчего значительно сокращается способность вагоновъ приносить выгоду. Въ 1877 г. на всѣхъ прусскихъ желѣзныхъ дорогахъ совершенъ пробѣгъ 3,681 милліоновъ осекилометровъ (Wagenachskilometer) изъ нихъ 2,338 м. съ грузомъ, 1,343 м. безъ всякой нагрузки. Слѣдовательно, 1/3 всѣхъ вагоновъ была безъ груза.

Конечно, нельзя измѣнить того, что грузы двигаются по одному направленію. Большіе города получаютъ необходимый для ихъ населенія скотъ въ особо устроенныхъ вагонахъ, которые возвращаются порожними; вагоны развозятъ грузъ изъ округа, гдѣ добывается каменный уголь, ничего или почти ничего не привозя обратно. Недостаточное извлеченіе пользы изъ грузовыхъ вагоновъ основано главнымъ образомъ на незначительной возможности воспользоваться вагонами, пришедшими съ грузомъ или приходящими пустыми. При обиліи грузовъ, когда грозитъ опасность остаться безъ вагоновъ, каждое правленіе стремится возвратить свои вагоны въ возможно скоромъ времени. При маломъ количествѣ грузовъ, когда подвижной составъ является въ избыткѣ, каждое правленіе старается удержать чужіе вагоны возможно долѣе для избѣжанія немедленной платы за пользованіе ими.

На основаніи имперскаго учрежденія (Reichsverfassung) нагруженные вагоны проходятъ до станціи назначенія; при обратномъ же движеніи нагрузка вагона на чужомъ пути ограничена тѣмъ, что грузъ долженъ быть назначенъ на ту линію, которой принадлежитъ вагонъ или на предшествующія ей станціи, лежащія на другой дорогѣ.

При избыткѣ на всѣхъ линіяхъ вагоновъ, правленія нагружаютъ свои вагоны, не взирая на то, есть-ли въ ихъ распоряженіи чужіе вагоны, на линіи которыхъ грузъ перевозится. Это дѣлается для того чтобы получить плату за предоставленіе пользованія своими вагонами. Такимъ образомъ, множество вагоновъ идетъ пустыми.

Ограниченное примѣненіе вагоновъ во время скопленія грузовъ дѣлаетъ недостатокъ въ нихъ особенно чувствительнымъ для публики и рядомъ съ этимъ идутъ пустые вагоны.

Съ введеніемъ общаго вагоннаго парка для возможно большаго округа — распредѣленіе и движеніе вагоновъ указывалось-бы дѣйствительными потребностями, такъ что вагоны, достигшіе мѣста своего назначенія, могли-бы быть обращены независимо отъ направленія туда, гдѣ въ нихъ чувствуется потребность. Такимъ образомъ движеніе пустыхъ вагоновъ было-бы избѣгнуто.

Подобная цѣль можетъ быть достигнута только по сліяніи въ однихъ рукахъ права собственности, содержанія движеніе и управленіе желѣзными дорогами въ странѣ.

При единствѣ управленія дорогами значительно сократится число вагоновъ, такъ какъ болѣе совершенное примѣненіе ихъ дастъ возможность уменьшить ихъ число, а съ устраненіемъ движенія пустыхъ вагоновъ потребуется менѣе подъемной силы машинъ для одинаковой перевозки. Стоимость находящихся въ Пруссіи 6,818 локомотивовъ равняется 349,134,739 м. и 143,060 товарныхъ вагоновъ равняется 439,660,134 м., что составитъ вмѣстѣ 788,794,873 марокъ. Слѣдовательно можетъ быть сдѣлано значительное сбереженіе при уменьшеніи числа вагоновъ.

Возвышеніе издержекъ перевозки, сооруженія и снабженія подвижнымъ составомъ желѣзныхъ дорогъ находится въ необходимой связи съ совмѣстнымъ существованіемъ, съ обособленнымъ устройствомъ и интересами многихъ самостоятельныхъ предпріятій внутри единаго торговаго округа. Противъ этого есть одно только средство: оно состоитъ въ соединеніи и сліяніи желѣзныхъ дорогъ страны въ одно общее управленіе (стр. 47 Aktenstück № 5). Болѣе всего подобная хозяйственная расточительность совершается, когда нѣсколько конкуррирующихъ линій распредѣляютъ между собой движеніе, для котораго вполнѣ достаточно было-бы одного пути.

Двойное содержаніе движенія (Doppelbetrieb).

Развитіе желѣзныхъ дорогъ въ Германіи достигло до того, что большая часть промышленныхъ мѣстностей соединены нѣсколькими желѣзными путями съ другими промышленными пунктами. Берлинъ связанъ съ большей частью торговыхъ городовъ Германіи двойными паровозными путями, а съ рейнско-вестфальскимъ торговымъ округомъ—соединенъ тремя самостоятельными дорогами. Но одного изъ этихъ путей вполнѣ было-бы достаточно для удовлетворенія всѣмъ потребностямъ передвиженія. Вообще, въ Германіи нѣтъ ни одного значительнаго торговаго сообщенія, которое не располагало-бы нѣсколькими конкуррирующими желѣзнодорожными линіями, хотя потребности оборота въ этомъ нисколько не нуждаются. Такое увеличеніе конкуррирующихъ дорогъ помимо возростанія торговаго оборота влечетъ за собой до того значительную растрату капитала, что потребности желѣзныхъ дорогъ вызываютъ необходимость иного распорядка. Для этого въ новѣйшее время конкуррирующія дороги стремятся прійти къ соглашенію и распредѣлить между собой сравнительно слабое товарное движеніе.

Вводится такъ называемая—Instradirungssystem, состоящая въ томъ, что многія дороги заключаютъ соглашенія о распредѣленіи перевозки между собой по опредѣленнымъ періодамъ времени. Но это порождаетъ безконечные и печальные споры между отдѣльными правленіями, мало содѣйствуя уменьшенію издержекъ на содержаніе движенія, доведенныхъ конкурренцій до значительныхъ степеней.

Перемежающееся содержаніе движенія (Alternirender-Betrieb).

Конкуррирующіяся линіи чередуются по мѣсяцамъ относительно отправленія перевозки, изъ чего ясно слѣдуетъ, что каждое правленіе было-бы вполнѣ способно исполнить самостоятельно всю перевозку. При такомъ порядкѣ распредѣленія движенія, участвующія желѣзныя дороги должны содержать подвижной составъ въ такомъ количествѣ, чтобы быть всегда готовыми удовлетворить потребностямъ всего движенія. Всегда должны быть на готовѣ необходимыя машины, полный личный составъ на станціяхъ, на тормозахъ, на линіи, хотя пользованіе ими совершается только въ теченіи одной трети времени. Сокращеніе подвижнаго состава при быстрослѣдующихъ перемѣнахъ во времени для очереднаго содержанія движенія (Instradirung) невозможно,—невозможно также кратковременное удаленіе служащихъ на дорогѣ, когда въ нихъ нѣтъ надобности и новое призваніе, когда надобность въ нихъ обнаружится. Такимъ образомъ, происходитъ то, что изъ нѣсколькихъ конкуррирующихъ путей надлежащимъ образомъ занятъ подвижной составъ одного только управленія, остальныя-же дороги, хотя вполнѣ снабжены необходимымъ для содержанія движенія, не находятъ приложенія для своихъ силъ.

Окольное движеніе (Umwegstransporte).

Очередное отправленіе движенія товаровъ нѣсколькими конкуррирующими линіями (Instradirungssystem) даетъ право на совершеніе перевозки не всегда такой дорогой, которая наиболѣе къ этому приспособлена. Вступая въ союзъ, конкуррирующія линіи разсчитываютъ издержки перевозки по стоимости ихъ для наикратчайшей изъ этихъ линій, такъ что, совершая движеніе, линія съ большимъ протяженіемъ несетъ отъ этого потери. Движеніе производится окольнымъ путемъ; наиболѣе краткая линія остается безъ

дѣла. Единственный выходъ изъ такого положенія—это сліяніе многихъ дорогъ въ одно управленіе.

Вслѣдствіе такого вздорожанія издержекъ на желѣзнодорожныя сооруженія, на содержаніе на нихъ движенія и управленія, перевозка по желѣзнымъ дорогамъ имъ самимъ стоитъ дорого, отчего должна уменьшиться способность къ отправленію движенія на германскихъ желѣзныхъ дорогахъ, а съ ограниченіемъ этой способности высокія цѣны за провозъ удержатся. Нуждающіеся въ перевозкѣ въ концѣ концовъ заплатятъ за всѣ чрезвычайные расходы по желѣзнымъ дорогамъ, тогда какъ полное единство въ собственности и содержаніи движенія и управленія дорогами, удешевивъ расходы по желѣзнодорожному дѣлу, даетъ возможность ввести удешевленіе въ провозной платѣ.

1) Дѣятельность государства при дозволеніи желѣзнодорожныхъ предпріятій (Aufgabe des Staats bei der Zulassung von Eisenbahnunternehmungen).

Исполненіе желѣзнодорожныхъ предпріятій поглощаетъ такія значительныя денежныя средства, что проведеніе дорогъ безъ заранѣе обдуманнаго плана влечетъ за собой неисчислимыя потери, ибо капиталъ разныхъ государствъ ограниченъ, и безполезная затрата его навсегда лишаетъ его возможности быть примѣненнымъ производительно. Поэтому, на обязанности государства лежитъ наблюденіе за проведеніемъ линій производительныхъ, входящихъ въ заранѣе задуманный планъ дорогъ (сѣть). Нельзя не считать ошибочнымъ то мнѣніе, по которому всякая сооруженная желѣзная дорога, хотя-бы она вовсе не была необходима въ интересѣ народнаго хозяйства, увеличиваетъ благосостояніе въ странѣ. Не нужно забывать, что безполезная дорога не принесетъ никакого дохода, что громадный капиталъ, обращенный на ея сооруженіе останется навсегда безъ прибыли, что отъ этого терпятъ тѣ отросли промышленности, для которыхъ капиталъ могъ-бы быть затраченъ съ пользой, что страдаетъ, слѣдовательно, благосостояніе страны отъ непроизводительной растраты капитала на ненужную дорогу. Поэтому, предоставивъ широкое поле духу предпріимчивости и производительной дѣятельности частнаго капитала, нельзя оставить на усмотрѣніе частнаго произвола расходъ столь значительныхъ денежныхъ суммъ, какія требуются на сооруженіе желѣзныхъ дорогъ. Назна-

ченіе государства—слѣдовать здравой, предусмотрительной и обдуманной политикѣ при допущеніи желѣзнодорожныхъ предпріятій, чтобы капиталъ страны обращался только туда, гдѣ онъ можетъ быть примѣненъ производительно, давая возможность достигнуть необходимаго и полезнаго съ наименьшими пожертвованіями и безъ хозяйственной расточительности.

2) **Дѣятельность государства при выполненіи желѣзнодорожныхъ предпріятій** (Aufgabe des Staats bei der Ausführung von Eisenbahnunternehmungen).

Каждая вновь строющаяся дорога влечетъ за собой насильственное подчиненіе частныхъ правъ многихъ отдѣльныхъ лицъ, вноситъ существенныя измѣненія въ хозяйственные разсчеты тѣсныхъ округовъ. Частное право собственности на земли подлежитъ принудительному отчужденію для нуждъ и потребностей строящейся желѣзной дороги. Хозяйственныя отношенія мѣстности, пересѣкаемой желѣзной дорогой, подвергаются кореннымъ измѣненіямъ. Отдѣльные поземельные участки, составлявшіе одно хозяйственное цѣлое—разбиваются; отъ этого страдаетъ пользованіе ими. Сообщеніе между прилежащими къ желѣзной дорогѣ земельными угодьями затрудняется. Прежніе пути сообщенія переносятся къ тѣмъ пунктамъ на желѣзной дорогѣ, гдѣ дозволяется чрезъ нее переѣздъ. Водяныя сообщенія, надъ которыми воздвигнута желѣзная дорога, страдаютъ относительно свободнаго движенія судовъ, береговыя сооруженія портятся отъ сотрясеній, производимыхъ движущимися поѣздами. Словомъ, нѣтъ такого хозяйственнаго отношенія, которое не сталкивалось-бы съ столь всеобъемлющимъ и громаднымъ предпріятіемъ, какъ строющаяся желѣзная дорога. Поэтому понятно, что государство должно разрѣшать сооруженіе такихъ только паровозныхъ путей, значительная полезность которыхъ искупитъ все вносимое ими замѣшательство въ хозяйственные разсчеты, вслѣдствіе подчиненія ихъ преимущественному праву существующихъ правъ отдѣльныхъ частныхъ лицъ.

«Государство должно заботиться о быстромъ и согласномъ съ утвержденными планами и расцѣнкой работъ сооруженіи разрѣшенной желѣзной дороги, дабы по возможности ограничить потери и замѣшательства, вносимыя при постройкѣ желѣзной дороги. Съ этой цѣлью государство опредѣляетъ срокъ для сооруженія, оно утвер-

ждаетъ всѣ планы и смѣты предположенныхъ работъ, оно наблюдаетъ за надлежащимъ снабженіемъ дороги подвижнымъ составомъ. Выполненіе обязанностей по сооруженію пути стоитъ въ зависимости отъ наличности потребныхъ средствъ сооруженія, поэтому государство должно опредѣлить капиталъ сооруженія и озаботиться о полномъ его образованіи».

3) Дѣятельность государства относительно техническихъ условій при содержаніи движенія на желѣзныхъ дорогахъ (Aufgabe des Staates bezüglich der technischen Betriebsleitung).

Чрезвычайная опасность, сопряженная съ быстротой движенія на желѣзныхъ дорогахъ, хотя съ одной стороны постепенно уменьшается отъ усовершенствованій въ техническихъ условіяхъ движенія, но съ другой стороны постоянно возростаетъ съ усиленіемъ движенія, съ болѣе тѣснымъ проведеніемъ сѣти дорогъ.

Опасность при движеніи очевидно возростаетъ по мѣрѣ увеличивающагося накопленія товарнаго и пассажирскаго оборота, большаго числа ежедневно отправляемыхъ поѣздовъ, сокращенія промежутковъ между ними, отъ возростанія многочисленности служащихъ на дорогѣ, развитія и усложненія подвижнаго состава и желѣзнодорожныхъ станцій. Хотя средства передвиженія значительно усовершенствованы, но самое движеніе по желѣзнымъ дорогамъ усложнилось и затруднилось отъ умножившагося оборота. Поэтому число несчастныхъ случаевъ на желѣзныхъ дорогахъ постоянно возростаетъ. Чѣмъ болѣе развито движеніе на желѣзныхъ дорогахъ (въ Англіи и Бельгіи), тѣмъ большее число несчастныхъ случаевъ.

При такомъ возростаніи несчастныхъ случаевъ на желѣзныхъ дорогахъ, дѣятельность государства должна быть направлена для наблюденія за тѣмъ, чтобы всѣ желѣзныя дороги соблюдали всѣ условія безопасности движенія. Поэтому проектъ постройки дорогъ подлежитъ повѣркѣ и утвержденію правительства, которое даетъ разрѣшеніе на постройку подвижнаго состава. Оно издаетъ полицейскія правила для желѣзныхъ дорогъ, опредѣляетъ условія для замѣщенія полицейскихъ должностей на рельсовыхъ путяхъ и лицъ, состоящихъ при машинахъ. Оно повѣряетъ и утверждаетъ время для движенія поѣздовъ, распредѣляетъ служебныя обязанности между служащими на дорогѣ; оно разсматриваетъ отчеты, производитъ повѣрку и разслѣдованіе неправильностей при дви-

женіи, контролируетъ состояніе сооруженій и подвижнаго состава, необходимость ихъ обновленія, а также дѣятельность отдѣльныхъ правленій. Но надзоръ государства, какъ показываетъ опытъ, только въ недостаточной степени достигаетъ требованій безопасности и порядка при движеніи, если добросовѣстная заботливость самыхъ желѣзнодорожныхъ правленій не приходитъ на помощь государству.

4) Дѣятельность государства относительно военной обороны (Fürsorge des Staates für die Interessen der Landesvertheidigung).

Желѣзныя дороги, какъ общественныя учрежденія для перевозки (öffentliche Transportanstalten), должны служить потребностямъ торговаго оборота и военной обороны страны.

Особенно важными оказались желѣзныя дороги въ интересѣ защиты страны. Въ странѣ, имѣющей значительную поземельную границу, какъ германская имперія, требованія военной обороны получаютъ необходимо преобладающее значеніе (überwiegende Bedeutung) относительно порядка развитія желѣзнодорожнаго дѣла въ странѣ. Поэтому государство должно озаботиться при составленіи сѣти дорогъ объ обезпеченіи сообщенія арміи съ внутренними областями страны помощью этапныхъ линій (Etappenlinien), о составленіи возможно удовлетворительнаго развѣтвленія этихъ линій въ отдѣльныхъ военныхъ округахъ, приспособить эти линіи для потребностей военнаго передвиженія, а также ввести легкое рузрушеніе такихъ устройствъ, отъ которыхъ зависитъ непрерывное пользованіе дорогой. Желѣзныя дороги станутъ такимъ образомъ могущественнымъ орудіемъ для обороны страны. Мало того, государство должно озаботиться о назначеніи такого технически способнаго къ потребностямъ военнаго движенія на желѣзныхъ дорогахъ персонала, чтобы это движеніе могло производиться безъ замедленія и замѣшательства. «Дѣятельность государства относительно обезпеченія нуждъ военной обороны страны обусловливаетъ широкое, въ самостоятельное распоряженіе правленій глубоко проникающее вмѣшательство правительственныхъ органовъ, которые вступаютъ съ требованіями относительно направленія сооруженія, снабженія подвижнымъ составомъ и содержанія движенія на желѣзныхъ дорогахъ».

Желѣзныя дороги имѣютъ значеніе не только военныхъ путей, служащихъ для движенія войскъ, но онѣ являются линіями, предназначенными для всемірнаго торговаго оборота.

5) Дѣятельность государства въ пользу торговли.

Значительная часть производства страны предназначается для перевозки по желѣзнымъ дорогамъ. Распространенность желѣзныхъ дорогъ, соединяющихъ отдаленнѣйшіе пункты, даетъ возможность производить торговый оборотъ въ этихъ крайнихъ предѣлахъ, содѣйствуя производительности страны, открывая доступъ къ ея богатствамъ болѣе широкому кругу лицъ. Всемірный торговый оборотъ возникъ изъ внутренняго оборота тѣсно ограниченной мѣстности, гдѣ онъ былъ прежде стѣсненъ до чрезвычайности.

«Въ то время, когда производству открывались отдаленнѣйшіе края для сбыта и для добыванія необходимаго матеріала, изобрѣтательная и предпріимчивая сила промышленной жизни отъ возникновенія желѣзныхъ дорогъ достигли такого значенія, которое превосходитъ дѣятельность прежняго времени. Безчисленныя новыя отрасли производствъ вызваны къ жизни, хозяйственная дѣятельность народовъ подверглась коренному преобразованію, возникли новыя силы, созданы новыя цѣнности, многія прежде цѣнившіяся произведенія утратили всякое значеніе. Непредвидѣнно, могущественно и внезапно происходило такое преобразованіе, такъ что хозяйственное благосостояніе отдѣльныхъ лицъ и цѣлыхъ народовъ подверглось колебаніямъ. Нельзя разсчитать размѣры хозяйственныхъ измѣненій, которыя, въ связи съ развитіемъ желѣзныхъ дорогъ, проникаютъ въ жизнь. Прежде всего трудно въ скоромъ будущемъ устранить опасности, возникающія изъ такихъ перемѣнъ для народовъ, располагающихъ незначительными естественными средствами. Такъ какъ государство должно заботиться о развитіи и устройствѣ внутренняго оборота, на немъ лежитъ важная обязанность примѣнить желѣзныя дороги на пользу общую, согласно назначенію ихъ быть торговыми путями (Verkehrstrassen)».

Если желѣзныя дороги, не смотря на господствующее на нихъ частное право собственности и частное содержаніе на нихъ движенія, должны быть общественнымъ учрежденіемъ для перевозки, (wenn die Eisenbahnen ungeachtet des Privateigenthums uud Privatbetriebes derselben als öffentliche Verkehrsanstalten angesehen werden sollen ib: стр. 54), то гусударство должно имѣть право требовать проложенія новаго пути на существующей дорогѣ, открытія новыхъ станцій, сооруженія соединительныхъ линій съ другими

дорогами, содержанія большаго количества локомотивовъ и вагоновъ для удовлетворенія всѣмъ потребностямъ движенія.—Государство въ правѣ требовать увеличенія числа поѣздовъ, оно обязано наблюдать, чтобы движеніе поѣздовъ совершалось по указанному росписанію, обращаясь съ требованіемъ къ желѣзнымъ дорогамъ объ устройствѣ необходимыхъ для выполненія лежащихъ на нихъ обязательныхъ приспособленій, а въ случаѣ необходимости—дѣйствовать здѣсь принудительно. Понятно, что государство не можетъ удовлетворить всѣмъ такимъ требованіямъ безъ рѣшительнаго вмѣшательства во всѣ отрасли управленія, иногда нанося значительный ущербъ интересамъ предпринимателей. Громадныя издержки, связанныя съ удовлетвореніемъ требованій означеннаго рода ставятъ охрану общественныхъ интересовъ въ зависимость отъ состоятельности предпринимателя, тогда какъ собственные его финансовые разсчеты отступаютъ назадъ.

Самая трудная и важная задача, лежащая на государствѣ, касается установленія тарифа (Tarifstellung) для желѣзныхъ дорогъ. Чтобы фактическая монополія желѣзныхъ дорогъ не превратилась въ монопольное подчиненіе обращающейся къ нимъ торговли для перевозки, желѣзныя дороги не должны имѣть права установлять плату за провозъ. Государство должно озаботиться, чтобы пользованіе желѣзными дорогами было доступно всѣмъ за опредѣленное и соотвѣтственное вознагражденіе—«es ist die Aufgabe des Staates dafür zu sorgen dass die Benutzung der Eisenbahnen gegen bestimmte uud angemässene Vergütung allen Transportinteressenten gesichert wird».

Плата за перевозку входитъ въ составъ стоимости всякаго такого товара, сбытъ котораго разсчитанъ на болѣе отдаленный кругъ. Эта часть товарной стоимости возростаетъ, смотря по увеличенію разстоянія, на которое предположенъ сбытъ товара. Съ облегченіемъ перевозки товаръ стремится расширить кругъ своего сбыта, и плата за перевозку составляетъ существенную часть товарной стоимости.

Удешевленіе издержекъ на содержаніе желѣзнодорожнаго управленія, вслѣдствіе быстрыхъ техническихъ усовершенствованій, разсчетъ желѣзныхъ дорогъ привлечь большее количество грузоотправителей—понизили провозную плату.

«Заботясь объ оживленіи внутренняго оборота страны, государство значительно заинтересовано въ пониженіи провозной пла-

ты вообще, главнымъ образомъ въ пониженіи ея для необходимыхъ статей (Massenartikel), необходимыхъ для развитія промышленности. Это особенно становится яснымъ изъ того, что необыкновенный подъемъ торга, наступившій съ эпохой желѣзныхъ дорогъ, развивается рядомъ съ постепеннымъ пониженіемъ провозной платы и расширеніемъ желѣзнодорожной сѣти. Для успѣшнаго развитія и установленія желѣзнодорожнаго дѣла необходимо поэтому, чтобы за государствомъ было обезпечено постепенное воздѣйствіе на пониженіе тарифа соотвѣтственно хозяйственнымъ требованіямъ страны. Ст, 44 и 2. имперскаго учрежденія (Reichsverfassung) выставляетъ возможное пониженіе тарифа,—какъ задачу имперской желѣзнодорожной политики и только относительно тѣхъ необходимыхъ произведеній, доставка которыхъ въ отдаленныя мѣстности является однимъ изъ главнѣйшихъ условій для оживленія ихъ промышленнаго оборота, указана какъ ближайшая цѣль введеніе однопфениговаго тарифа. Выставленное здѣсь основное положеніе для имперской желѣзнодорожной политики основано на правильно сознанной неизбѣжной необходимости. Равно указаніе однопфениговаго тарифа, какъ нормальнаго тарифа для необходимыхъ въ промышленномъ оборотѣ сырыхъ произведеній, является нагляднымъ выраженіемъ того сознанія, что сбытъ этого рода произведеній на болѣе широкомъ пространствѣ, даетъ основу для подъема промышленности и развитія естественныхъ силъ страны.—Постановленіе имперскаго учрежденія должно только указать основное положеніе задачъ имперіи, такъ какъ практическое проявленіе вліянія государства на пониженіе тарифа встрѣчается съ непреодолимыми трудностями (ausserordentlichen Schwierigkeiten). Въ законѣ о желѣзнодорожныхъ предпріятіяхъ 3-го ноября 1838 года содержится правило о пониженіи желѣзнодорожныхъ тарифовъ по достиженіи доходности дороги 10% съ основнаго капитала. Правило это никогда однако не было примѣнено. Принудительное пониженіе тарифа наталкивается на едва-ли преодолимыя преграды (kaum zu überwindende Schwierigkeiten).

Не имѣя возможности оказать непосредственное воздѣйствіе на желѣзнодорожныя компаніи относительно пониженія платы за провозъ, государство можетъ удовлетворить требованіямъ торговаго оборота, взявъ въ свое завѣдываніе рельсовые пути.

4. ПРАВО ВОЗВРАЩЕНІЯ И ПРАВО ВЫКУПА ГОСУДАРСТВОМЪ ЖЕЛѢЗНЫХЪ ДОРОГЪ (ANFALLS UND ANKAUFSRECHT). ПРАВО СОБСТВЕННОСТИ НА РЕЛЬСОВЫЕ ПУТИ АКЦІОНЕРНЫХЪ КОМПАНІЙ.— УСПѢХИ ОГОСУДАРСТВЛЕНІЯ ЖЕЛѢЗНЫХЪ ДОРОГЪ.

„.... à quel titre les concessionnaires exercent leur droits? à titre de propriétaires, de fermiers, de mandataires? Le chemin qu'ils construisent leur appartient-il? n'en sont-ils que les détenteurs, les fermiers ou les usufruitiers?"

F. Dumay, les concessions de chemin de fer, p. 156.

Огосударствленіе (Verstaatlichung) желѣзныхъ дорогъ, принадлежащихъ на правѣ частной собственности акціонернымъ компаніямъ, товариществамъ на вѣрѣ или отдѣльнымъ лицамъ,—можетъ быть совершено двоякимъ порядкомъ. Во-первыхъ, право собственности на рельсовые пути переходитъ къ государству по истеченіи срока, на который выдана концессія частному предпринимателю. Такой порядокъ огосударствленія называется *правомъ возвращенія* (Anfallsrecht) къ государству права собственности на частную желѣзную дорогу. Чревычайная продолжительность срока желѣзнодорожныхъ концессій, колеблющагося отъ сорока до девяносто девяти лѣтъ, на-долго лишаетъ государство возможности приступить къ огосударствленію рельсовыхъ путей. До истеченія срока концессіи право государства на дорогу находится «въ состояніи пассивнаго ограниченія, въ смыслѣ предварительнаго положенія будущаго права», [1]) которое проявитъ свое дѣйствительное значеніе при вступленіи государства въ право собственности на частную желѣзную дорогу. Во-вторыхъ, огосударствленіе рельсовыхъ путей совершается, не дожидаясь истеченія срока концессіи, по прошествіи однако болѣе или менѣе продолжительнаго времени съ открытія движенія на дорогѣ; отъ пятнадцати до тридцати лѣтъ, посредствомъ *права выкупа* (Ankaufsrecht) государствомъ частныхъ желѣзныхъ дорогъ. До наступленія срока, когда явится возможность выкупить дорогу изъ частной принадлежности, право государства на рельсовый путь находится въ такомъ-же «пассивномъ ограниченіи, въ смыслѣ предварительнаго состоянія будущихъ правъ», въ какомъ, какъ мы только что видѣли, оно находится до вступле-

---

[1]) Ср. «*Приложенія*» I. *Пассивныя дѣйствія правъ.*

нія государства въ право собственности на частную желѣзную дорогу по истеченіи срока концессіи.

Нигдѣ до сихъ поръ не могло быть примѣнено *право возвращенія* (Anfallsrecht) къ государству, такъ какъ исторія желѣзнодорожнаго дѣла и права начинается съ знаменательнаго дня 17-го сентября 1830 года, когда пронесся первый поѣздъ по первой желѣзной дорогѣ между Ливерпулемъ и Манчестеромъ [1]), концессии-же, если онѣ не выданы на вѣчное время (à perpetuité), разрѣшаются на столь продолжительные сроки, что онѣ будутъ «погашены» не ранѣе XX столѣтія.

По общему правилу, выработанному желѣзнодорожнымъ правомъ почти всѣхъ государствъ, исключая Англіи и Сѣверо-Американскихъ Штатовъ, гдѣ признается за частными компаніями вѣчное право собственности на сооруженный ими рельсовый путь— допускаются только *срочныя концессіи.* Срокъ концессіи опредѣляется, во-первыхъ, закономъ общимъ и однообразнымъ для всѣхъ желѣзныхъ дорогъ, напр.—во Франціи [2]) и въ Бельгіи [3]), или, во-вторыхъ, административное распоряженіе указываетъ предѣльный срокъ, свыше котораго не можетъ быть выдана концессія, допуская возможножность болѣе кратковременныхъ концессій, напр.—въ Австріи [2]), или, въ-третьихъ, продолжительность срока не предрѣшается и не указывается ни по закону, ни по административному распоряженію, но устанавливается въ каждой концессіи особо, лишь-бы только было исполнено требованіе закона о срочности кон-

---

[1]) G. Cohn, die englische Eisenbahnpolitik, I, 39.

[2]) Modèle général de cahier des charges d'une concession de chemin de fer, titre III, art. 35: «la durée de la concession sera de q u a t r e-v i n g t-d i x-n e u f a n s».

[3]) Modèle général de cahier des charges d'une concession de chemin de fer Art.... Um die Koncessionäre für die Ausgaben und Arbeiten zu entschädigen giebt ihnen der Staat während einer Frist von 90 J a h r e n von der Betriebseröffnung der ganzen Bahn an die Befugniss die festgesetzten Gebühren zu erheben.

[4]) Verordnung des Ministerium für Handel, Gewerbe und öffentliche Bauten vom 14 September 1854 bettrefend die Ertheilung von Koncessionen für Privat-Eisenbahnbauten. § 7. «Die Koncession zur Anlage einer Eisenbahn zur öffentlichen Benutzung wird nur auf eine bestimmte Zeit ertheilt. Diese kann die Dauer von n e u n z i g Jahren nicht überschreiten, wohl aber nach Massgabe der obwaltenden Verhältnisse auf e i n e g e r i n g e Anzahl Jahre sich erstrecken.

цессіи, напр. въ Италіи [1]) и въ Швецаріи [2]), или, наконецъ, срокъ желѣзнодорожныхъ концессій устаповляется исключительно по договору, напр.—въ республикѣ Коста-Рика [3]).

Всѣ концессіи на желѣзныя дороги въ Россіи ограничены опредѣленнымъ срокомъ, кромѣ одной царскосельской дороги, уступленной на вѣчное время.

Срокъ желѣзнодорожныхъ концессіи въ Россіи очень разнообразенъ; онъ колеблется между наименѣе продолжительнымъ періодомъ времени въ 37 лѣтъ для волго-донской и наибольщимъ—въ 90 лѣтъ, для петербурско-варшавской желѣзной дороги.

Главнѣйшіе русскіе рельсовые пути могутъ быть перечислены въ слѣдующей постепенности, принимая за основаніе ея продолжительность срока, на который выданы концессіи:

Нумера концессій въ Полномъ Собраніи Законовъ.	Названіе дорогъ.	Длина въ верстахъ.	Время утвержденія концессій или уставовъ и открытія дорогъ.	Срокъ концессій въ годахъ.
41,675	**Волго-донской участокъ**	73	Уставъ 2 января 1865. Открыта 5 марта 1862. Условія присоединенія волго-донской ж. д. къ грязе-царицинской Высочайше утверждены 17 марта 1878.	37
32,241 а (въ дополненіяхъ къ тому XXXII П. С., помѣщенныхъ въ томѣ XLIII П. С. за 1868) и 51,349	**Варшавско-Бромбергская**	138	Договоръ 13 окт. 1857. Уставъ 30 сент. 1872. Открыта 1 янв. 1863. (30 іюня 1867)	75

[1]) La legge sulle opere publiche del 20 marzo, 1865 Titolo V, capo V. «die Koncession wird für eine bestimmte Zeit bewilligt.

[2]) Schweizerisches Bundesgesetz über Bau und Betrieb der Eisenbahnen auf dem Gebiete der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 23 December 1872, art. 5. «die Koncessionen werden auf bestimmte Zeitdauer ertheilt».

[3]) Договоръ правительства республики Коста-Рика съ желѣзнодорожнымъ обществомъ 31-го іюля 1866 года: Art. VII. sec. 1. «The concessions for the Railroad shall continue for a term of seventy years»,

Нумера концессій въ Полномъ Собраніи Законовъ.	Названіе дорогъ.	Длина въ верстахъ.	Время утвержденія концессій или уставовъ и открытія дорогъ.	Сроки концессій въ годахъ.
41,336 а (въ дополненіяхъ къ XXXIX тому П. С., помѣщенныхъ въ томѣ XLIII П. С. за 1868).	Варшавско-тереспольская	194	Договоръ 9 окт. 1864. Открыта 27 сент. 1866. (24 августа 1868).	75
32,713	Риго-динабургская .	214	Уставъ 23 января 1858. Открыта 12 сент. 1861. (1 іюня 1872).	75
39,141 и 48,581	Московско-рязанская	243	Уставъ 8 января 1863. Дополнит. условія 24 іюля 1870. Открыта 20 іюля 1862. (9 декабря 1870).	80
45,946 и 49,819	Московско-ярославская	$271\frac{1}{2}$	Уставъ 7 іюня 1868. Дополнит. уставъ 10 іюля 1871. Открыта 18 авг. 1862. (14 октября 1871).	80
43,561, 46,705 и 52,636	Козлово-воронежско-ростовская	780	Концессія козлово-воронеж. 12 авг. 1866. Концессія воронережгрушевской 2 іюля 1869. Уставъ 15 сент. 1873. Открыта 1 февр. 1868. (28 ноября 1871).	80 81
41,909	Рязанско-козловская	198	Уставъ 12 марта 1865. Открыта 5 сент. 1866.	81
44,306 и 45,747	Орловско-грязская .	283	Концессія 1 марта 1867. Дополнит. условія 22 апрѣля 1868. Открыта 30 авг. 1868. (13 августа 1870).	81

Нумеря концессій въ Полномъ Собраніи Законовъ.	Названіе дорогъ.	Длина въ верстахъ.	Время утвержденія концессій или уставовъ и открытія дорогъ.	Срокъ концессій въ годахъ.
45,949	**Николаевская** . .	604	Построена Правительствомъ. Передана 8 сент. 1868. Открыта 7 мая 1847. (1 ноября 1851).	84
32,241 а (въ дополненіяхъ къ XXXII тому П. С., помѣщенныхъ въ въ XLIII томѣ П. С. за 1868) и 50,927	**Варшавско-вѣнская** .	325	308 верстъ построены правительствомъ, — переданы обществу 1 октября 1857. Уставъ 2 іюня 1872. Открыта 1 іюня 1845. (14 августа 1857).	85
39,393	**Динабурго-витебская**	244	Положеніе 19 марта 1863. Открыта 24 мая 1866. (5 октября 1866).	85
43,732	**Ряжско-моршанская**.	$128^1/_2$	Уставъ 14 окт. 1866. Открыта 28 нояб. 1867.	85
45,791	**Орловско-витебская** .	488	Уставъ 2 мая 1868. Открыта 10 окт. 1868. (24 ноября 1868).	85
44,044	**Курско-кіевская** . .	439	Концессія 24 декабря 1866. Открыта 14 нояб. 1868. (14 февраля 1870).	85
31,448	**С.-петербурго - варшавская**	1207	48 верстъ построены правительствомъ. Передана 26 янв. 1857. Открыта 1 нояб. 1853. (15 декабря 1862).	90
9,009 и 40,642	**Царскосельская съ продолженіемъ до Павловска**	25	Уставъ 28 февр. 1864. Открыта 4 апр. 1838.	На вѣчное время.

Примѣчаніе. Указанія времени, помѣщенныя въ скобкахъ, относятся до позднѣйшаго открытія участковъ дороги.

Въ приведенномъ перечнѣ русскихъ желѣзныхъ дорогъ особое положеніе занимаетъ одна лишь Царскосельская дорога, пользованіе которой акціонернымъ обществомъ не ограничено никакимъ срокомъ. По общему законному опредѣленію, состоявшемуся въ 1858 году, 10-го апрѣля (II. С. 32,972),—«право пользованія желѣзною дорогою можетъ быть предоставлено акціонерному обществу отнюдь не безсрочно, а лишь на опредѣленный срокъ». Выписанное правило о срочности желѣзнодорожныхъ концессій въ Россіи вошло въ примѣчаніе къ ст. 580 уст. пут. сооб. (XII. 1 по сводному продолженію изд. 1876 года).

Изъ всего предшествующаго изложенія мы въ правѣ сдѣлать слѣдующій общій выводъ: желѣзнодорожныя концессіи, по общему правилу, разрѣшаются на опредѣленный срокъ. Срочность концессій опредѣляется или по закону, или на основаніи административнаго распоряженія, или, наконецъ, въ силу особыхъ соглашеній между правительствомъ и акціонерной компаніей. Безсрочныя концессіи существуютъ въ Англіи и Сѣверо-Американскихъ Штатахъ. По прекращеніи срока концессіи, съ ея погашеніемъ, государство имѣетъ *право возвращенія* (Anfallsrecht) желѣзной дороги въ свое право собственности. Это право осуществляется *непосредственно* чрезъ погашеніе концессіи истеченіемъ срока, на который она разрѣшена, и *безъ всякаго вознагражденія* частной компаніи, за отходящую отъ нея рельсовую линію. По прекращеніи срока концессіи государство вступаетъ во всѣ права концессіонера на желѣзную дорогу и ея принадлежности; къ нему переходитъ право пользованія доставляемыми ею доходами. [1])

---

[1]) Verordnung des Ministeriums für Handel, Gewerbe und öffentliche Bauten vom 14 Sept. 1854 bettrefend die Ertheilung von Koncessionen für Privat-Eisenbahnbauten § 8. «Nach Ablauf der Dauer des Privilegiums geht das Eigenthum an der Eisenbahn selbst sogleich durch das Gesetz ohne Entgelt und unmittelbar an den Staat über».

Modèle général de cahier des charges d'une concession de chemin de fer. Titre III, art. 36. «A l'époque fixée pour l'expiration de la concession, et par le seul fait de cette expiration le gouvernement sera subrogé à tous les droits de la compagnie sur le chemin de fer et ses dependances, et il rentrera immédiatement en jouissance de tous ces produits».

Непосредственное и безвозмездное право возвращенія (Anfallsrecht) къ государству правъ частной компаніи на линію желѣзной дороги тотчасъ по прекращеніи срока концессіи однообразно признается всѣми законодательствами, которыя только допускаютъ срочность концессій. Они расходятся, однако, относительно опредѣленія правъ на подвижной составъ желѣзной дороги. Удерживаетъ-ли его первоначальный предприниматель за собой на правѣ собственности, или подвижной составъ дороги, какъ ея принадлежность, переходитъ вмѣстѣ съ нею къ новому обладателю, къ государству—по праву возвращенія къ нему всѣхъ правъ на линію, концессія которой погашена истеченіемъ ея срока? Австрійское и итальянское желѣзнодорожное право признаютъ за первоначальнымъ предпринимателемъ право собственности на подвижной составъ дороги по прекращеніи срока концессіи [1]). Французское право даетъ первоначальному концессіонеру право требовать (la compagnie requiert) отъ государства, чтобы оно при вступленіи, съ погашеніемъ концессіи, въ права на желѣзную дорогу купило у него, по оцѣнкѣ, весь подвижной составъ дороги, и обратно—государство въ правѣ потребовать (l'état requiert) отъ концессіонера, чтобы онъ ему продалъ, по оцѣнкѣ, подвижной составъ дороги, по прекращеніи срока концессіи. Здѣсь, по французскому праву, подвижной составъ рельсоваго пути съ погашеніемъ концессіи сохраняется на правѣ собственности у концессіонера, но государство въ правѣ потребовать принудительнаго его выкупа; въ свою очередь и концессіонеръ имѣетъ право требовать покупки у него государствомъ подвижнаго состава дороги. [2]) Слѣдовательно, по французскому праву, отно-

[1]) Verordnung vom 14 Sept 1854 betreffend die Koncessionen für Privat-Eisenbahnbauten. § 8 in fine «Den Unternehmern verbleibt jedoch das E i g e n t h u m an allen ausschliesslich zu dem Transportgeschäfte bestimmten Gegenstände, Fahrnissen, Vorrichtungen und Realitäten. Такое-же правило содержитъ la legge sulle Opere publiche del 20 marzo 1865. Titolo V, articoli 249.

[2]) Modèle général de cahier des charges d'une concession de chemin de fer. Titre III art. 36 in fine. «En ce qui concerne les objets mobiliers, tels que le matériel roulant, les matériaux, combustibles et approvisionnements de tout genre, le mobilier des stations l'outiblage des ateliers et gares, l' Etat sera tenu, s i l a c o m p a g n i e l e r e q u i e r t, de reprendre tous ses objets sur l'estimation qui en sera faite à dire d'experts, et reciproquement, si l' E t a t l e r e q u i e r t, la compagnie sera tenue de les céder de la même manière.

шенія концессіонера и государства къ подвижному составу рельсоваго пути разрѣшаются на основаніи правилъ о принудительной покупкѣ и продажѣ, т. е.—на основаніи нормъ обязательственнаго, а не вещнаго права. Требованія компаніи о покупкѣ государствомъ заготовленныхъ желѣзнодорожныхъ запасовъ ограничено тѣмъ, что государство обязано принять ихъ въ размѣрѣ, соотвѣтствующемъ нуждамъ дороги не болѣе, какъ на полъ года впередъ. [1])

Руское желѣзнодорожное право считаетъ подвижной составъ дороги въ томъ размѣрѣ, въ которомъ онъ былъ при открытіи дороги, принадлежностью рельсоваго пути, вмѣстѣ съ нимъ переходящей съ погашеніемъ концессіи къ государству. Подвижной-же составъ, *прибавленный* противъ первоначально бышаго при открытіи дороги, поступаетъ къ государству на основаніи покупки за опредѣленное вознагражденіе. «Для опредѣленія суммы сего вознагражденія, дѣйствительная общая стоимость подвижнаго состава, сданнаго правительству при возвращеніи ему дорогъ, опредѣлится по добровольному соглашенію или по оцѣнкѣ экспертовъ, и изъ суммы сей вычтется по пяти тысячъ на каждую версту возвращенныхъ желѣзныхъ дорогъ. Эти пять тысячъ рублей полагаются въ зачетъ стоимости первоначальнаго подвижнаго состава, пониженной отъ употребленія его». (П. С. № 31,448. § 10). Что-же касается до запасовъ топлива и всякихъ другихъ матеріаловъ, то общество передаетъ ихъ правительству по добровольному соглашенію или-же по оцѣнкѣ чрезъ экспертовъ. Общество удерживаетъ право владѣнія особыми сооруженіями, какъ-то: коксо-обжигательными печами, заводами, литейными, машинными и другими фабриками, магазинами, доками и тому подобными заведеніями, устроенными имъ независимо отъ потребностей желѣзной дороги, и вообще всѣми имуществами, движимыми и недвижимыми, пріобрѣтенными для расширенія круга дѣйствія желѣзнодоржныхъ предпріятій, включая сюда иного рода производства и промышленую дѣятельность (ib § 10, 21).

Разнообразіе условій, на которыхъ совершается возвращеніе желѣзныхъ дорогъ отъ частныхъ компаній къ государству, свидѣ-

---

[1]) ib. «Toutefois l' Etat ne pourra être tenu de reprendre que les approvisionnements nécessaires à l'exploitation du chemin de fer pendant six mois».

тельствуетъ о большей или меньшей степени самостоятельности, которой пользуются по законамъ разныхъ государствъ желѣзнодорожныя общества. Не касаясь странъ, гдѣ дѣйствуетъ система концессій безсрочныхъ, мы отмѣтимъ среди законодательствъ, примѣняющихъ концессіи срочныя, такія, которыя даютъ государству право на возвратъ одного полотна дороги и сооруженій, возведенныхъ на линіи, удерживая за частными компаніями право собственности на подвижный составъ желѣзной дороги (Австрія, Италія); или государство имѣетъ право требовать отъ компаніи продажи ему по оцѣнкѣ подвижнаго состава (Франція);—или, наконецъ, подвижной составъ разсматривается, какъ принадлежность дороги, а возвращается вмѣстѣ съ нею къ государству вслѣдъ за погашеніемъ концессіи (Россія). Наибольшей сомостоятельностью пользуются, относительно возврата желѣзной дороги государству, по прекращеніи срока концессіи, желѣзнодорожныя компаніи въ Австріи и Италіи, наименьшей—въ Россіи; среднее положеніе занимаютъ акціонерныя общества во Франціи, обязанныя по требованію государства продать ему подвижной составъ дороги и всю движимость, но имѣя также право требовать, чтобы государство, по прекращеніи срока концессіи, при возвращеніи къ нему рельсоваго пути, купило у компаніи всю движимость, находящуюся на линіи.

Съ погашеніемъ срочной концессіи, желѣзная дорога поступаетъ непосредственно и безвозмездно къ государству на основаніи признаннаго за нимъ по закону, или въ силу административнаго распоряженія (въ Австріи), или по договору *права возвращенія* (Anfallsrecht) рельсоваго пути изъ права собственности частной компаніи въ право собственности государства, чрезъ что достигается медленнымъ путемъ погашенія концессіи *огосударствленіе* желѣзныхъ дорогъ. До погашенія концессіи истеченіемъ срока, на который она разрѣшена, частная желѣзнодорожная компанія имѣетъ на рельсовый путь и на всѣ его принадлежности *право собственности*. Мы видѣли, что право собственности желѣзнодорожныхъ компаній неоднократно признается во многихъ законодательныхъ актахъ, нами приведеныхъ при ссылкѣ на тѣ постановленія, въ которыхъ говорится о правѣ государства возвратить въ свою собственность изъ собственности компаніи линію, концессія на которую погашена истеченіемъ ея срока. Дѣло кажется просто. Компанія, получивъ привилегію, разрѣшающую ей соорудить и содер-

жать желѣзную дорогу, имѣетъ право принудительнаго отчужденія нужныхъ для проведенія линіи участковъ земли. За экспропріированные участки компанія платитъ или по соглашенію, или по оцѣнкѣ стоимость ихъ собственникамъ. На пріобрѣтенные чрезъ экспропріацію участки земли совершается на имя компаніи купчая крѣпость (ст. 58 о Гр.), имѣющая значеніе акта пріобрѣтенія права собственности на отходящія подъ линію дороги земли. Сооруженная дорога на землѣ, принадлежащей компаніи на правѣ собственности, находится точно также въ ея собственности. Но это право собственности на желѣзную дорогу ограничено обязанностью компаніи, на основаніи закона концессіи, содержать на дорогѣ движеніе, не оказывая при этомъ никому исключительнаго предпочтенія. За это содержаніе компанія взимаетъ съ пользующихся дорогой извѣстное вознагражденіе, какъ плату за пользованіе путемъ (droit de péage) и за перевозку (prix de transport). Взимаемая компаніями плата покрываетъ понесенныя ими издержки на пріобрѣтеніе земли для проведенія линіи и расходы по сооруженію дороги, а если доходъ съ дороги незначителенъ, то государство приходитъ къ компаніи съ своимъ содѣйствіемъ, гарантируя извѣстный процентъ дохода,—обыкновенно 5%, на истраченный капиталъ и процентъ на его погашеніе. Здѣсь совершается другой актъ экспропріаціи желѣзной дороги. Въ первый разъ компанія экспропріировала участки земли для сооружаемой ею линіи, уплачивая наличными деньгами ихъ стоимость, укрѣпляя свое право собственности посредствомъ купчей крѣпости на отчужденные участки. Въ другой разъ, государство экспропріируетъ у частной компаніи линію, уже сооруженную на землѣ, принудительнымъ путемъ отчужденія пріобрѣтенной желѣзнодорожной компаніей. Государство погашаетъ капиталъ, положенный акціонерными обществами на проведеніе линіи,—оно изъемлетъ рельсовый путь изъ собственности частной компаніи и возвращетъ его въ свою собственность. Оба послѣдовательныхъ акта экспропріаціи совершаются при обыкновенномъ порядкѣ, который примѣняется, въ большинствѣ случаевъ, къ желѣзнымъ дорогамъ. Сперва экспропріацію совершаетъ компанія, строящая линію, потомъ экспропріируетъ самую компанію государство. Компаніи платятъ собственникамъ за отходящую подъ линію землю и совершаютъ на нее купчую крѣпость. Государство медленно, въ теченіи срока концессіи, погашаетъ капиталъ, обращенный компаніей на сооруженіе до-

роги и экспропріируетъ ее, возвращая въ свое право собственности выстроенную желѣзную дорогу.

Противъ нашего построенія можно возразить, что французское желѣзнодорожное право прямо объявляетъ желѣзныя дороги государственными путями сообщенія, на которыя не имѣетъ мѣсто право частной собственности компаній. Правда, въ законѣ 15-го іюля 1845 года о желѣзнодорожной полиціи (loi sur la police des chemins de fer) въ первой-же статьѣ говориться: «les chemins de fer construits ou concédés par l' Etat font partie de la grande voirie». Но этотъ законъ имѣетъ полицейскій характеръ и опредѣляетъ право государства принимать необходимыя мѣры для безопасности при движеніи на желѣзныхъ дорогахъ, и онъ вовсе не касается опредѣленія чьихъ-либо правъ собственности на рельсовой путь, который принадлежитъ тому, кто посвятилъ на сооруженіе его свои денежныя средства, кто экспропріировалъ на свое имя, хотя и для общественной пользы, участки земли, по которымъ пролегла линія дороги. Сначала компанія на свое имя экспропріируетъ земли подъ желѣзную дорогу, потомъ государство экспропріируетъ сооруженный путь у компаніи, погасивъ затраченный ею капиталъ на проведеніе дороги, становясь такимъ образомъ собственникомъ желѣзной дороги.

Противъ этого можно возразить далѣе, что въ русскомъ правѣ находится прямая статья, ограничивающая желѣзнодорожныя кампаніи, признавая за ними одно лишь временное право пользованія сооруженной дорогой (примѣчаніе къ ст. 580 уст. пут. сообщ. XII. 1. по сводн. прод. 76 года).

Но это примѣчаніе устанавливаетъ общее правило о томъ, что всѣ желѣзнодорожныя концессіи могутъ быть только срочныя, а не безсрочныя. Въ этомъ убѣждаетъ насъ то мѣсто, которое въ системѣ законодательства русскаго занимаетъ приведенное примѣчаніе къ ст. 580 уст. пут. сооб., т. е.—той статьи, которая опредѣляетъ порядокъ выдачи желѣзнодорожныхъ концессій, подробности котораго изложены въ приложеніи къ этой статьѣ, а необходимое условіе — срочность концессій — указаны въ примѣчаніи. Вся статья 580 съ приложеніемъ и съ примѣчаніемъ опредѣляетъ порядокъ и форму разрѣшенія концессій, но не указываетъ на проистекающее отсюда право для частныхъ компаній на уступленныя имъ линіи.

Мало того, въ нѣкоторыхъ отдѣльныхъ концессіяхъ прямо называется *«собственностью»* то право, которое создается на рельсовый путь для желѣзнодорожной компаніи, напр.—въ концессіи, данной курско-кіевской желѣзной дорогѣ (П. С. 44,044).—Наконецъ, право собственности на паровозный путь признаетъ за желѣзнодорожной компаніей извѣстный русскій цивилистъ и государственный человѣкъ К. П. Побѣдоносцевъ. Въ первомъ томѣ его труда: «курсъ гражданскаго права»—на страницѣ 21 и слѣдующей мы читаемъ: *«желѣзныя дороги могутъ быть предметомъ частной собственности*, но подъ полнымъ контролемъ правительства, не только по устройству, содержанію и управленію, но и по количеству сборовъ, опредѣляемыхъ таксою (П. С. 697—718). Сверхъ того, закономъ признано, и по изданнымъ доселѣ уставамъ видно, что *собственность эта не причисляется къ разряду вѣчной и потомственной*, ибо во всѣхъ случаяхъ правительство предоставляетъ себѣ право, по истеченіи опредѣленнаго срока, обратить дорогу въ собственность государственную или даже выкупить ее у частнаго лица до срока (ср. 580 ст. уст. пут. сооб. по свод. прод. 76 г.).

Слова закона могутъ казаться недостаточными для того, чтобы буквальное ихъ значеніе безповоротно рѣшило вопросъ о правѣ собственности на рельсовый путь. Форма акта для укрѣпленія пріобрѣтенной земли, посредствомъ принудительнаго отчужденія, можетъ быть сочтена доказательствомъ формальнымъ,—актъ купчей крѣпости покрываетъ такое содержаніе отношеній, которое только по имени, по формѣ принимается за право собственности, въ дѣйствительности-же здѣсь находится одно лишь общественное пользованіе вещью (usus publicus). Все нами изложенное построеніе о двойной экспропріаціи,—одинъ разъ отъ имени компаніи у частныхъ собственниковъ,—другой отъ лица государства у компаніи,—можетъ показаться искусственнымъ сплетеніемъ понятій, ограничивающихся однимъ моментомъ въ правоотношеніи желѣзнодорожныхъ компаній,—моментомъ отчужденія, не касаясь вовсе самаго содержанія правоотношенія, на чемъ только и можетъ быть основано представленіе о принадлежности его къ тому или къ другому роду вотчинныхъ правъ.

Поэтому мы необходимо должны коснуться самаго содержанія того правоотношенія, которое устанавливается на рельсовый путь для желѣзнодорожныхъ компаній. На первый взглядъ оно пред-

ставляется въ видѣ обязанности компаніи содержать въ исправности движеніе на линіи, не оказывая никому исключительнаго преимущества, слѣдовательно, допуская всѣхъ пользоваться рельсовымъ путемъ, правда съ платой за это пользованіе извѣстнаго вознагражденія, распадающагося на плату за услугу передвиженія, совершаемаго компаніей (prix de transport) и собственно плату за пользованіе путемъ (droit de péage). Главное и несомнѣнное здѣсь то, что пользованіе рельсовымъ путемъ открывается для всѣхъ и каждаго, подобно тому, какъ всѣмъ доступно пользованіе сплавными и судоходными рѣками, большими озерами, бечевниками, пристанями, большими и проселочными, шоссейными и грунтовыми дорогами. За правомъ общаго пользованія исчезаетъ право собственности; собственнику ничего не остается отъ имущества, обращеннаго въ общественное пользованіе. Такое имущество подлежитъ всевозможнымъ видамъ пользованія—проѣздъ и проходъ по пути, осушка снастей, безпрепятственная прорубка въ домахъ оконъ, выходящихъ на улицы, тогда какъ проходъ и проѣздъ по чужой землѣ, стоящей на правѣ собственности, прорубка окна, обращеннаго на смежный участокъ частной земли, могутъ быть допущены на основаніи дозволительныхъ записей и составляютъ одинъ изъ видовъ право участія частнаго въ выгодахъ отъ чужаго имущества, иначе называемаго—сервитутами на чужое имущество, какъ ограниченія права частной собственности. Служа всѣмъ и всѣми своими свойствами, вещь находится въ общественномъ пользованіи, никому не принадлежа на правѣ собственности, не подвергаясь никакимъ исключительнымъ ограниченіямъ въ пользу отдѣльнаго лица или имущества въ формѣ сервитутныхъ отношеній. Тоже-ли самое мы видимъ на желѣзныхъ дорогахъ?

Приближаясь къ полотну дороги, мы находимъ возлѣ него слѣдующую надпись: «входъ на полотно постороннимъ лицамъ запрещается». Слѣдовательно, при пользованіи рельсовымъ путемъ не всѣ одинаково допускаются; есть относительно этого пользованія рядъ «лицъ постороннихъ».—Далѣе, полотно рельсоваго пути отдѣлено отъ сосѣднихъ участковъ земли и, по разъясненію французской судебной практики, эти ограды имѣютъ значеніе не мѣръ предосторожности противъ возможныхъ несчастныхъ случайностей, угрожающихъ лицамъ, животнымъ и вещамъ, попавшимся подъ идущій по рельсовому пути поѣздъ, но онѣ имѣютъ силу и значеніе

межевыхъ знаковъ, опредѣляющихъ границы желѣзныхъ дорогъ.

Предметы, въ общемъ пользованіи всѣхъ находящіеся, не подлежатъ никакимъ ограниченіямъ въ исключительную чью-либо пользу. То-ли мы видимъ относительно рельсовыхъ путей?

Мы будемъ опираться на конкретныя явленія, изслѣдуя существо права желѣзнодорожныхъ компаній на паровозныя линіи, потому что тамъ, гдѣ по новизнѣ дѣла не установилось еще въ наукѣ общепризнанныхъ догмъ, опредѣляющихъ разсматриваемое правоотношеніе, задача изслѣдователя состоитъ въ томъ, чтобы выяснить и точно изложить кругъ тѣхъ явленій, которыя должны быть подведены къ общему о нихъ понятію, которыя составляютъ содержаніе правоотношенія.

Для предложеннаго вопроса мы имѣемъ готовый примѣръ, ярко освѣщающій всю картину отношеній желѣзнодорожныхъ компаній.

Городъ Бернъ заключилъ со швейцарскимъ центральнымъ желѣзнодорожнымъ обществомъ договоръ объ устройствѣ рельсоваго пути такъ, чтобы линія дороги, пересѣкая близь города Берна отведенное поле для военныхъ упражненій и для стрѣльбы въ цѣль, не нарушила-бы необходимыхъ при такомъ назначеніи поля условій, такъ напр., насыпь для полотна дороги должна быть поднята не свыше того предѣла, который не препятствовалъ-бы стрѣляющимъ, стоя по одну сторону линіи видѣть и цѣлиться въ мишень, устроенную на другой сторонѣ желѣзной дороги. Здѣсь, слѣдовательно, въ интересѣ сосѣдняго съ рельсовыми путемъ участка земли—поля для стрѣльбы—желѣзная дорога подлежитъ извѣстнымъ ограниченіямъ, она должна терпѣть (pati) то, что надъ полотномъ линіи будутъ перелетать пули упражняющихся въ военной стрѣльбѣ, и не должна повышать дорожной насыпи (non faciendo) далѣе предѣловъ, дозволяющихъ цѣлиться въ мишень, будучи отъ нея отдѣленъ проведенной по полю желѣзной дорогой. Такое ограниченіе желѣзной дороги въ пользу города Берна имѣетъ значеніе сервитута; это есть право участія частнаго въ выгодахъ отъ чужаго имущества. [1]) Но чтобы желѣзная дорога могла подлежать

---

[1]) Приведенный примѣръ заимствованъ изъ «*мнѣнія*» Рудольфа фонъ Іеринга по дѣлу города Берна съ центральной желѣзной дорогой о вилерфельдскомъ полѣ для стрѣльбы въ цѣль. См. Vermischte Schriften juristischen Inhalts von Rudolph von Ihering, Leipzig 1879 г. VI стр. 362—415.

праву участія частнаго, она сама должна быть на правѣ частной собственности, въ противномъ случаѣ, не было-бы сервитута, по пользованіе входило-бы въ тотъ необъятный кругъ выгодъ, которыя могутъ быть извлечены всѣми изъ предмета, находящагося въ общемъ всѣхъ пользованіи.

Поэтому мы въ правѣ сказать, что желѣзнодорожная компанія имѣетъ право собственности на уступленную ей по концессіи паровозную линію, которая предназначается однако по истеченіи срока концессіи перейти къ государству; переходъ-же этотъ имѣетъ значеніе экспропріаціи, медленно осуществляемой во все время, пока концессія сохраняетъ свою силу и значеніе.

Такъ какъ желѣзная дорога предназначается къ тому, чтобы поступить по окончаніи срока концессіи къ государству, то изъ этого слѣдуетъ, что если рельсовый путь будетъ закрытъ раньше наступленія срока концессіи, то закрытая линія или упраздненныя ея части окончательно остаются въ собственности желѣзнодорожной компаніи, которая въ правѣ располагать ими по своему усмотрѣнію, удерживая за собой или отчуждая въ постороннія руки.

Послѣдній выводъ подверждается слѣдующимъ опредѣленіемъ (decision) французскаго государственнаго совѣта, состоявшимся въ 1875 году и помѣщеннымъ въ періодическомъ сборникѣ, издаваемомъ Даллозомъ. [1]) Соображенія, на которыхъ французскій государственный совѣтъ основываетъ свое decision, изложены имъ въ такой постепенности: «принимая во вниманіе, что желѣзнодорожная компанія обязана купить и заплатить цѣну за необходимыя для линіи участки земли,—что она обязана возвести ограду вдоль пути и составить кадастровый планъ всей линіи и ея принадлежностей, куда вносятся всѣ послѣдующія пріобрѣтенія желѣзнодорожной компаніи,—что государство по истеченіи срока концессіи вступитъ во всѣ права общества на желѣзную дорогу и на ея принадлежности,—что *упраздненная станція* желѣзной дороги перестаетъ входить въ составъ линіи и, вслѣдствіе измѣнившагося ея назначенія, не поступитъ къ государству,—поэтому желѣзнодорожная компанія должна имѣть на упраздненную станцію, какъ не принадлежащую болѣе къ желѣзной дорогѣ, полное право распоряженія».

---

[1]) Dalloz, Recueil periodique de jurisprudence 1875 partie III pag. 85.

Приведенный частный случай обобщается въ періодическомъ сборникѣ Даллоза, который извлекаетъ отсюда слѣдующе положеніе желѣзнодорожнаго права: «государство не имѣетъ никакихъ правъ на упраздненныя во время эксплоатаціи линіи станціи или вѣтви дорогъ, содержавіе которыхъ дозволено концессіонеру прекратить.[1])

Мало того, французскій кассаціонный судъ (cour de cassation) въ своемъ рѣшеніи (arrêt), состоявшемся въ 1869 году, прямо устанавливаетъ ту догму, что желѣзнодорожная компанія пріобрѣтаетъ на отошедшую подъ полотно рельсоваго пути или его принадлежности землю исключительное и полное право собственности. Даллозъ въ своемъ сборникѣ, приводя рѣшеніе кассаціоннаго суда, дѣлаетъ изъ него общій выводъ что здѣсь вопросъ касается только права собственности (question se rattachant au droit de propriété), подлежащаго вѣдомству судебной власти (l'autorité judiciaire est compaitante).[2])

Мы приходимъ къ слѣдующему общему выводу: желѣзныя дороги находятся въ общемъ пользованіи, но отсюда не слѣдуетъ, что онѣ не принадлежатъ на правѣ собственности компаніямъ. Кажущееся противорѣчіе объясняется и устраняется слѣдующими соображеніями: «желѣзныя дороги имѣютъ значеніе имущества государственнаго (domaine public) въ томъ смыслѣ, что пользованіе ими открыто для всѣхъ безъ различія, что онѣ не подлежатъ дѣйствію давности, что къ нимъ относятся требованія о наблюденіи правилъ безопасности движенія; *желѣзныя дороги принадлежатъ компаніямъ на правѣ собственности* (sont dans la propriété des com. pagnies), доставляя имъ право на сборъ платы за пользованіе рельсовымъ путемъ». [3])

Огосударствленіе желѣзныхъ дорогъ (Verstaatlichung) можетъ быть совершено не только медленнымъ путемъ погашенія затраченнаго на ихъ сооруженіе капитала, когда частная компанія сама

---

[1]) «L' Etat n'a aucun droit à exercer sur les terrains et constructions d'une gare et d'un embranchement devenus inutiles en cours d'exploitation et sur lesquels le concessionnaire a été autorisé à cesser tout service»· Dalloz, Recueil periodique, 1875 г., III, 85.

[2]) Dalloz, Recueil periodique de jurisprudence, 1869 partie I, pag. 220—21.

[3]) Ferdinand Dumay, les concessions de chemins de fer Paris, Cotillon 1878 pag. 187—88.

вознаграждаетъ себя за понесенныя издержки при сооруженіи и содержаніи рельсоваго пути изъ доходовъ, доставляемыхъ дорогой и гарантированныхъ при ихъ недоборѣ правительствомъ, пользуясь выгодами отъ дороги въ теченіи продолжительнаго срока концессіи, съ погашеніемъ которой государство имѣетъ *право возвращенія* (Anfallsrecht) рельсоваго пути. Не дожидаясь погашенія концессіи истеченіемъ ея срока, государство можетъ гораздо ранѣе,—обыкновенно принимается въ большинствѣ законодательныхъ опредѣленій тридцатилѣтній срокъ съ открытія желѣзной дороги,—вступить въ право собственности на рельсовый путь, сооруженный и содержимый частной компаніей, примѣняя свое *право выкупа* (Ankaufsrecht). Всюду, кромѣ Австріи, признается за государствомъ право выкупа желѣзныхъ дорогъ, т. е.—право экспропріаціи рельсоваго пути изъ собственности акціонерной компаніи, отличающееся отъ медленнаго погашенія затраченнаго ею капитала изъ сбора доходовъ, доставляемыхъ желѣзной дорогой за все время концессіи, не особенностью права, но срочностью его осуществленія. Право возвращенія (Anfallsrecht) и право выкупа (Ankaufsrecht) частныхъ желѣзныхъ дорогъ государствомъ есть все то-же право принудительнаго отчужденія рельсовыхъ путей изъ собственности акціонерныхъ компаній; въ первомъ случаѣ оно осуществляется медленнымъ путемъ продолжительнаго погашенія издержекъ сооруженія, во второмъ—право выкупа непосредственно экспропріируетъ желѣзнодорожную компанію, возвращая ей капитальную стоимость линіи.

Какъ исчислить размѣръ стоимости желѣзной дороги, выкупаемой государствомъ отъ акціонерной компаніи? Въ виду практической важности права выкупа государствомъ желѣзныхъ дорогъ, мы остановимся на существующихъ относительно этого предмета законодательныхъ опредѣленіяхъ, которыя, признавая одинаково право выкупа, исключая одного австрійскаго права, создаютъ высшей степени разнообразныя условія для выкупа. Затрудняясь примѣнить какую-либо удовлетворительную систему въ изложеніи законодательныхъ опредѣленій о правѣ выкупа государствомъ желѣзныхъ дорогъ, мы будемъ держаться хронологической постепенности, въ которой развивалось желѣзнодорожное право, устанавливая правила для взаимныхъ отношеній по выкупу между государствомъ и акціонерными компаніями. Первымъ по времени является законъ

о выкупѣ желѣзныхъ дорогъ въ Пруссіи; онъ относится къ 3-му ноября 1838 года. Статья 48-то прусскаго закона о желѣзнодорожныхъ предпріятіяхъ содержитъ слѣдующее постановленіе:

«Государство удерживаетъ за собой право выкупить собственность на желѣзную дорогу со всѣми принадлежностями, уплативъ полное вознагражденіе».

«При этомъ надлежитъ руководствоваться слѣдующими основными положеніями, если не состоится по добровольному соглашенію иного опредѣленія:

1) Уступка можетъ быть потребована государствомъ не ранѣе, какъ по истеченіи тридцати лѣтъ со дня открытія движенія;

2) она можетъ быть потребована только съ такого времени, съ котораго, согласно § 31, будетъ введенъ новый желѣзнодорожный тарифъ;

3) общество должно быть предувѣдомлено по крайней мѣрѣ за годъ до срока, назначеннаго для перехода, о намѣреніи государства потребовать переходъ дороги;

4) вознагражденіе общества производится затѣмъ на слѣдующихъ основаніяхъ:

а) государство уплачиваетъ обществу сумму двадцать пять разъ взятаго дивиденда, который въ среднемъ размѣрѣ получили всѣ акціонеры за послѣдніе пять лѣтъ;

б) долги общества точно также принимаются государствомъ и уплачиваются изъ государственнаго казначейства такимъ-же образомъ, какъ это обязано было-бы общество, но за это и всѣ наличныя требованія поступаютъ въ государственное казначейство;

в) по выполненіи вышеуказанныхъ условій, къ государству переходитъ не только право собственности на дорогу и на необходимый для перевозки подвижной составъ со всѣми принадлежностями, но за нимъ укрѣпляется собранный обществомъ запасный капиталъ;

г) общество владѣетъ и пользуется дорогой до тѣхъ поръ, пока не будетъ оконченъ съ нимъ разсчетъ на вышеприведенныхъ основаніяхъ,—не скуплены акціи и не приняты долги».

Вслѣдъ за прусскимъ желѣзнодорожнымъ закономъ 1838 года въ Англіи 9-го августа 1844 г. издается сходный съ нимъ парламенскій актъ (7 and 8 Vict. Cap. 85) объ условіяхъ, которыя должны быть наблюдаемы при будущихъ желѣзнодорожныхъ сооруже-

ніяхъ, къ числу такихъ условій отнесено право государства выкупать у частныхъ компаній рельсовые пути:

«... лорды казначейства въ правѣ, если найдутъ возможнымъ, во всякое время, по прошествіи двадцати одного года, выкупить рельсовый путь со всѣми его принадлежностями и капиталами отъ имени и по повелѣнію ея Величества, предупредивъ компанію о своемъ намѣреніи за-ранѣе три календарныхъ мѣсяца, — и уплативъ ей сумму, равную двадцать-пять разъ взятому годовому доходу, въ среднемъ размѣрѣ за послѣдніе три предшествующіе года».

Прусское и англійское желѣзнодорожное право представляютъ такой порядокъ выкупа государствомъ частныхъ желѣзныхъ дорогъ, по которому дорога пріобрѣтается за наличную плату, сполна и одновременно уплачиваемую съ переходомъ линіи въ право собственности къ государству. Здѣсь нѣтъ ни разсрочки платежа за стоимость пути, ни предварительнаго вступленія государства въ право собственности на желѣзную дорогу, за которую впослѣдствіи акціонерная компанія должна будетъ требовать вознагрвжденія по разсчету. Все отношеніе по выкупу государствомъ частныхъ желѣзныхъ дорогъ въ Пруссіи и въ Англіи опирается на вещно-правовомъ порядкѣ перехода права собственности на вещь недвижимую съ ея принадлежностями, — индивидуально-опредѣленную, — за извѣстное вознагражденіе, уплачиваемое наличными по разсчету денежными знаками или цѣнными бумагами. Съ одной стороны, къ государству переходитъ право собственности на индивидуально опредѣленную вещь, съ другой, частная компанія получаетъ за отчужденную у нея линію плату; все отношеніе опирается на положеніяхъ вотчиннаго права о переходѣ права собственности, не касаясь порядка обязательственныхъ дѣйствій, которымъ здѣсь нѣтъ мѣста, потому что вещное право собственности переходитъ тогда, когда произведена будетъ за него уплата, не подлежащая слѣдовательно, никакому требованію: переданное право собственности совпадаетъ съ уплоченной за него цѣной, не допуская установиться обязательственнымъ отношеніямъ кредитора и должника, потому что переходъ собственности связанъ неразрывно съ уплатой его стоимости; это есть одинъ актъ вотчиннаго укрѣпленія правъ государства на желѣзную дорогу, имъ выкупленную, и сдѣлавшейся огосударствленной.

Совершенно другое значеніе имѣетъ право выкупа во Франціи и Россіи. Оно устанавливаетъ не вещный переходъ права собственности къ государству на выкупаемую дорогу, но создаетъ обязательственное отношеніе государства къ желѣзнодорожной компаніи. Узаконенія о правѣ выкупѣ во Франціи и въ Россіи возникли одновременно, въ концѣ пятидесятыхъ годовъ, поэтому они слѣдуютъ въ хронологическомъ порядкѣ, котораго мы держимся при изложеніи законодательныхъ актовъ, относящихся къ праву выкупа государствомъ желѣзныхъ дорогъ, послѣ закона англійскаго. Возникнувъ одновременно, узаконенія о выкупѣ во Франціи и въ Россіи буквально тождественны по своему содержанію, такъ что мы имѣемъ полное право сказать, что положеніе о выкупѣ русское есть простой переводъ положенія о выкупѣ французскаго. Сопостановленіе § 9 «Высочайше утвержденнаго 26 января 1857 года положенія объ основныхъ условіяхъ для устройства первой сѣти желѣзныхъ дорогъ въ Россіи» съ article 37 «Modèle général de cahier des charges d'une concession de chemin de fer 1856»—не оставляютъ въ этомъ ни малѣйшаго сомнѣнія:

§ 9. По истеченіи первыхъ двадцати лѣтъ со дня окончанія десятигодоваго срока, опредѣленнаго (§ 3) на выполненіе работъ, правительство имѣетъ во всякое время право на выкупъ всей сѣти разрѣшаемыхъ нмъ нынѣ желѣзныхъ дорогъ.	Art. 37. A toute époque après l'expiration des quinze premières années de la concession, le gouvernement aura la faculté de racheter la concession entière du chemin de fer.
Для опредѣленія цѣны выкупа принимается совокупность чистыхъ доходовъ всей сѣти за семь предшествующихъ сему выкупу лѣтъ; изъ суммы этой вычитается итогъ чистыхъ доходовъ двухъ наименѣе прибыльныхъ годовъ, а за тѣмъ выводится средній чистый годовой доходъ остальныхъ пяти лѣтъ. Выведенный такимъ образомъ средній доходъ правительство обязано бу-	Pour régler le prix du rachat, on relèvera les produits nets annuels obtenus par la compagnie pendant les sept années qui auront précédé celle où le rachat sera effectué: on en déduira les produits nets des deux plus faibles années, et l'on établira le produit net moyen des cinq autres années.—Ce produit net moyen formera le montant d'une annuité qui sera due et payée à la compagnie pendant chacune des années restant à courir sur la durée

детъ, въ случаѣ выкупа, выплачивать ежегодно обществу по полугодіямъ въ теченіи остальнаго времени восьмидесяти пятилѣтняго срока, § 5 опредѣленнаго.

Сумма эта не можетъ ни въ какомъ случаѣ быть менѣе чистаго дохода послѣдняго изъ семи лѣтъ, принятыхъ для сравненія, и не менѣе ежегодной суммы процентовъ, обезпеченныхъ правительствомъ по § 6-му.

de la concession. — Dans aucun cas, le montant de l'annuité ne sera inférieur au produit net de la dernière des sept années prises pour terme de comparaison.— La compagnie recevra, en outre, dans les trois mois qui suivront le rachat, les remboursements auxquels elle aurait droit à l'expiration de la concession, selon l'art 36 ci-dessus.

Во Франціи положеніе о выкупѣ государствомъ частныхъ желѣзныхъ дорогъ подверглось измѣненію въ законѣ 23 марта 1874 года, ст. 12-я котораго даетъ слѣдующее опредѣленіе: «каждая желѣзнодорожная компанія въ правѣ требовать, чтобы для тѣхъ линій, концессія которыхъ разрѣшена по крайней мѣрѣ 15-ть лѣтъ тому назадъ, размѣръ выпуска опредѣлялся-бы не по чистому доходу, но по дѣйствительной стоимости первоначальнаго сооруженія».

Заимствуя приведенный законъ изъ приложеній (Aktenstück) къ внесенному въ концѣ 1879 года въ прусскую палату депутатовъ проекта, нынѣ ставшаго закономъ, о пріобрѣтеніи прусскимъ государствомъ нѣсколькихъ желѣзнодорожныхъ линій [1]), мы не знаемъ тѣхъ оснований, которыя побудили измѣнить правила о размѣрѣ выкупа, указанныя въ вышеприведенной ст. 37-й изъ cahier des charges.—Размѣръ выкупа по ст. 9 «Положенія 26 янв. 1857 г.» опредѣляется суммой чистаго дохода, выводимой изъ вырученнаго дорогой сбора за послѣдніе семь лѣтъ. Исключивъ два наименѣе доходныхъ года, составляется разсчетъ средняго чистаго дохода изъ суммъ сбора, доставленныхъ линіей за пять лѣтъ, при этомъ наименьшій размѣръ средняго чистаго дохода опредѣляется закономъ: онъ не можетъ быть а) ниже суммы дохода, гарантированнаго правительствомъ компаніи и б) онъ не можетъ быть ниже чистаго дохода послѣдняго изъ семи лѣтъ, принятаго для сравненія.

---

[1]) Stenograph. Berichte über die Verhandlungen des Hauses der Abgeordneten, 1879, № 5 Aktenstück A. стр. 117.

Законъ 23 марта 1874 года принимаетъ въ основу разсчета при опредѣленіи размѣра выкупной суммы не средній чистый доходъ, доставляемый линіей, но дѣйствительную стоимость первоначальнаго сооруженія пути (der wirkliche Werth der ersten Anlagen), которая должна быть уплочена государствомъ компаніи.

Новый французскій законъ о выкупѣ измѣнилъ не одно только основаніе при разсчетѣ размѣра выкупной суммы, но измѣнилъ также и порядокъ уплаты ея государствомъ, вводя вмѣсто обязанности періодически ежегодно уплачивать компаніи въ теченіи всего срока, остающагося до прекращенія концессіи, сумму, равную среднему чистому доходу линіи,—обязательство единовременно внести всю выкупную сумму, равную дѣйствительной стоимости первоначальнаго сооруженія. Здѣзь обязательство раздѣльное (obl. divisa) замѣнено недѣлимымъ (obl. indivisa),—періодически повторяющіеся частные взносы выкупной суммы переведены въ обязательство уплатить ее сполна и въ одинъ разъ.

Желѣзнодорожное дѣло въ современныхъ государствахъ сложилось въ слѣдующія четыре отличительныя формы. Рельсовые пути, во-первыхъ, находятся на правѣ собственности и въ содержаніи частныхъ акціонерныхъ компаній (Privateigenthum und Privatbetrieb der Eisenbahnen); во-вторыхъ, право собственности на линію принадлежитъ государству, а содержаніе на ней движенія—акціонерной компаніи (Staatseigenthum und Privatbetrieb); въ-третьихъ, право собственности на желѣзную дорогу укрѣплено за компаніей, эксплоатація дорога перешла къ государству (Privateigenthum und Staatsbetrieb); наконецъ, въ-четвертыхъ, право собственности, содержанія и управленія паровознаго пути сосредоточивается въ рукахъ государства (Staatseigenthum und Staatsbetrieb). Первая и послѣдняя форма желѣзнодорожнаго дѣло,—одна, исключительно допускающая частныя желѣзныя дороги,—другая, примѣняющая систему безусловно государственныхъ рельсовыхъ путей,—обѣ имѣютъ значеніе абсолютно однороднаго порядка въ желѣзнодорожномъ дѣлѣ. Вторая и третья формы распредѣляя между акціонерными компаніями и государствомъ участіе въ правѣ собственности и содержаніи паровозныхъ линій, являются въ значеніи системъ смѣшанныхъ.

Въ настоящее время господство въ желѣзнодорожномъ дѣлѣ принадлежитъ системѣ частныхъ рельсовыхъ путей. Но рядомъ съ

ними начинаетъ водворяться или право собственности государства на линію (Staatseigenthum), или желѣзныя дороги поступаютъ въ его управленіе (Staatsbetrieb), или наконецъ и право собственности и управленіе паровозными путями сливаются въ рукахъ государства (Staatseigenthum und Staatsbetrieb).

До половины семидесятыхъ годовъ *огосударствленіе* желѣзныхъ дорогъ совершалось медленно и нерѣшительно, подвергаясь колебаніямъ вслѣдствіе неустановившейся еще общепризнанной всѣми необходимости включить рельсовые пути въ составъ имущества государственнаго, которымъ государство само и завѣдывало бы. Новое желѣзнодорожное дѣло, входя въ кругъ потребностей современнаго государства, въ теченіи пятидесятилѣтняго періода своего существованія прошло въ большинствѣ континентальныхъ государствъ Европы общій и однообразный путь развитія. Мы исключаемъ Англію и Сѣверо-Американскіе Штаты, гдѣ акціонерныя компаніи создали и крѣпко держатъ всю сѣть рельсовыхъ путей, гдѣ нѣтъ рѣчи о томъ, чтобы государство приняло на себя все сложное желѣзнодорожное дѣло. Иное дѣло въ континентальныхъ государствахъ Европы. Здѣсь вначалѣ государство принимаетъ на себя иниціативу новаго дѣла, трудности котораго съ одной стороны,— опасенія слишкомъ значительнаго усиленія могущества государства, которое одно будетъ располагать столь необходимымъ для всѣхъ и столь могущественнымъ общественнымъ орудіемъ, какъ желѣзныя дороги, съ другой стороны,—заставляютъ правительства или самимъ обратиться къ содѣйствію частныхъ компаній, или уступить имъ веденіе дѣла. Разъ перейдя въ руки акціонерныхъ компаній, желѣзныя дороги подчиняются ихъ хозяйственному разсчету. Строятся и содержатся «доходныя линіи». Но въ удобныхъ, быстрыхъ и дешевыхъ путяхъ сообщенія ощущается одинаково необходимость всѣми мѣстностями въ странѣ—богатыми и бѣдными, близкими къ торговымъ центрамъ и отдаленными, производительными и безпомощными, послѣднія мѣстности, быть можетъ, въ большей степени нуждаются въ оживляющемъ вліяніи паровознаго пути, хотя онѣ не въ состояніи окупить всѣхъ сдѣланныхъ на его сооруженіе затратъ.

Для удовлетворенія общей потребности въ передвиженіи государство обращается къ желѣзнодорожнымъ компаніямъ, предлагая имъ принять на себя сооруженіе *необходимыхъ*, а не только *при-*

бильныхъ путей. Компанія начинаетъ строить малодоходныя линіи. Такъ рядомъ съ первоначально проведенными доходными дорогами,—рядомъ съ старой сѣтью образуется *сѣть новая,*—дорогъ бездоходныхъ, не покрывающихъ затраченнаго на нихъ капитала.

Государство, повліявшее на компаніи, вовлекшее ихъ въ невыгодное предпріятіе, привходитъ къ нимъ съ своимъ содѣйствіемъ. Оно гарантируетъ компаніямъ извѣстный размѣръ дивидента,—обыкновенно 5%, на акціонерный капиталъ и извѣстный процентъ погашенія,—обыкновенно 0, 66 %. Гарантія дохода и погашенія имѣютъ мѣсто только для бездоходныхъ линій, отдѣляемыхъ отъ доходныхъ не только временемъ сооруженія, но и отношеніемъ къ государству. Доходныя дороги, по усмотрѣніи самихъ компаній проведенныя, составляютъ старую, негарантированную правительствомъ сѣть путей (ancien réseau), бездоходныя линіи, сооруженныя подъ вліяніемъ правительства, образуютъ новую, гарантированную сѣть путей (nouveau réseau).

Принявъ участіе въ желѣзнодорожномъ дѣлѣ государство не можетъ ограничиться одной его невыгодной стороной, неся одну только обязанность выплачивать акціонернымъ компаніямъ недостающее отъ сбора съ дорогъ до гарантированнаго размѣра дохода и процентъ, причитающійся на погашеніе капитала, израсходованнаго при сооруженіи дороги. Правительство, выплачивая ежегодно дефициты бездоходныхъ линій, накопляетъ за ними, volens-nolens, громадный неоплатный долгъ.

Для облегченія тяжести по уплатѣ желѣзнодорожнымъ компаніямъ гарантированнаго дохода съ эксплоатируемыхъ ими линій, для предотвращенія ихъ неоплатности предъ правительствомъ за долгъ, возникшій изъ переданныхъ имъ, какъ авансъ, суммъ гарантированнаго дохода—государство вводитъ *систему перевода* избытковъ по выручкѣ съ доходныхъ линій на недовырученное съ бездоходныхъ линій, когда управленіе и содержаніе тѣхъ и другихъ находится въ рукахъ одной компаніи. Иначе говоря, гарантія дохода, принятая на себя государствомъ, имѣетъ субсидіарное значеніе, наступая тогда только, когда выручка съ доходныхъ линій окажется недостаточной для покрытія убытковъ на малодоходныхъ путяхъ.

Такой переводъ дохода однихъ линій для пополненія недобора съ другихъ, находящихся въ управленіи одной компаніи, вве-

денъ во Франціи закономъ 11-го іюня 1859 года,—и извѣстенъ подъ названіемъ «s y s t è m e d u d e v e r s o i r».

Система перевода дохода (systême du deversoir) во Франціи опирается на слѣдующемъ разсчетѣ. Если доходъ съ новой, малодоходной сѣти, гарантированной правительствомъ не достигаетъ 4% на акціонерный капиталъ и 0, 65% погашенія, то компанія должна сначала отчислить извѣстную часть чистаго дохода, доставленнаго линіями, принадлежащими къ старой сѣти доходныхъ и негарантированныхъ правительствомъ дорогъ. Когда прибавки отъ дохода старой сѣти не составитъ 4% прибыли и 0, 65% погашенія на капиталъ, затраченный для проведенія линій, включенной въ новую сѣть, тогда государство субсидіарно обязано дополнить недостающее. Уплаченныя государствомъ суммы имѣютъ значеніе авансовъ, которые подлежатъ возврату, когда возрастетъ чистый доходъ компаній. Если-же компаніи не въ состояніи уплатить государству изъ поступающихъ къ ней доходовъ съ дороги то государство обращаетъ взысканіе на подвижной составъ дороги.

Примѣръ перевода дохода (systèm du deversoir) представляетъ договоръ, заключенный «главнымъ обществомъ русскихъ желѣзныхъ дорогъ» съ правительствомъ о порядкѣ пользованія переданной ему сѣтью желѣзныхъ дорогъ. Въ управленіи «главнаго общества» находятся линіи—петербургско-варшавская, николаевская и московско-нижегородская. На первую и послѣднюю изъ названныхъ дорогъ «главное общество» имѣетъ право собственности и эксплоатаціи; николаевская за линіи находится только въ его управленіи, право собственности на нее принадлежитъ государству, ее выстроившему. «На основаніи существующаго между главнымъ обществомъ и правительствомъ договоровъ, акціонеры «главнаго общества» получаютъ въ свою пользу половину чистаго дохода съ николаевской желѣзной дороги и оставляютъ остальную половину правительству въ уплату накопившихся на обществѣ за прежнее время долговъ. Въ случаѣ если варшавская и нижегородская линіи общества не выработаютъ въ теченіи какого-либо года всего гарантированнаго правительствомъ дохода на капиталъ, употребленный для ихъ постройки, то, въ такой годъ, акціонеры «главнаго общества» имѣютъ получить только четвертную часть чистой прибыли отъ эксплоатаціи николаевской желѣзной дороги, предоставляя остальныя три четверти правительству. Но до какихъ-бы обшир-

ныхъ размѣровъ ни достигала сумма чистыхъ прибылей николаевской желѣзной дороги, акціонеры главнаго общества не имѣютъ права получать болѣе 6 р. 40 к. въ годъ довиденда на свои акціи (сверхъ гарантированнаго дохода) впредь до уплаты всѣхъ долговъ общества правительству».[1])

Во Франціи желѣзнодорожныя компаніи, въ эксполатаціи которыхъ находятся линіи старой и новой сѣти, сами совершаютъ переводъ части изъ чистаго дохода первой сѣти для пополненія недовырученнаго съ новой и тогда уже обращаются къ государству, прося приплаты недостающаго до гарантированнаго доходъ. Въ Россіи, въ случаѣ недобора на варшавской и нижегородской линіяхъ, имѣющихъ значеніе линій новой или малодоходной сѣти, акціонеры главнаго общества получаютъ изъ дохода николаевской дороги, играющей роль линіи старой или доходной сѣти, вмѣсто половины сбора только четверть, прьвительство уже само перечисляетъ къ недовырученному на варшавской и нижегородской дорогѣ эту отчисленную четвертую часть изъ суммъ чистаго дохода по николаевской линіи.

По проведеніи сѣти наиболѣе доходныхъ дорогъ начинается высказываться потребность въ рельсовыхъ путяхъ для мѣстностей мало производительныхъ, но требующихъ включенія въ общую сѣть паровозныхъ линій. Для удовлетворенія заявляемой потребности

---

[1]) Приведенное содержаніе договора, заключеннаго правительствомъ съ главнымъ обществомъ заимствовано изъ газеты *«Берегъ»*, 1880, № 30, «биржевое обозрѣніе».

По этому поводу мы не можетъ не выразить нашего изумленія, что авторъ изслѣдованія «желѣзныя дороги въ Россіи» *А. Головачовъ* вовсе не знаетъ о существованіи какого либо договора съ «главнымъ обществомъ» и на незнаніи своемъ основываетъ непритворную радость, что если нѣтъ договора, то нѣтъ и обязательства, и слѣд. правительство во всякое время можетъ, стоитъ ему внять совѣту его, А. Головачова,—обратить николаевскую линію изъ управленія «общества» въ свою эксплоатацію (ср. Сборникъ Государственныхъ значеній, т. VII изслѣдованіе *А. Головачова* «желѣзныя дороги въ Россіи»). Не посчастливилось г. Головачову съ его трудомъ о желѣзныхъ дорогахъ! Не смотря на всѣ его усилія предостеречь русское общество отъ пагубнаго участія земствъ въ желѣзнодорожныхъ предпріятіяхъ, въ настоящее время, по газетныхъ извѣстіяхъ, въ послѣднихъ числахъ апрѣля 1880 года возбужденъ вопросъ о сооруженіи земствомъ харьковской губерніи харьково-лисичанской желѣзной дороги.

государство создаетъ систему мѣстныхъ желѣзныхъ дорогъ, строющихся на средства заинтересованныхъ въ проведеніи рельсовыхъ линій мѣстностей, при содѣйствіи, оказываемомъ со стороны государства.

Государство содѣйствуетъ компаніямъ, вовлеченнымъ имъ въ сооруженіи малодоходныхъ линій, но необходимыхъ для населенія мѣстностей непроизводительныхъ; государство содѣйствуетъ отдѣльнымъ мѣстностямъ въ проведеніи необходимыхъ для нихъ рельсовыхъ путей, строить которыя, вслѣдствіе невозможности разсчитывать на какой либо доходъ, не берется ни одинъ концессіонеръ. При недостаточности мѣстныхъ средствъ, при «бездоходности» требуемыхъ въ интересѣ отдѣльной мѣстности желѣзныхъ дорогъ, государство, не беря на себя исключительно всей тяжести, связанной съ эксплоатаціей такихъ дорогъ, вводитъ «бездоходныя дороги» въ сѣть доходныхъ, въ значеніи питательныхъ путей относительно магистральной линіи, расширяя область дѣйствія послѣдней (Regionalsystem). Въ Россіи правительство пріобрѣло въ 1876 г. у акціонернаго общества либавскую желѣзную дорогу и передало ее ландварово-роменской дорогѣ, сливъ въ одну линію либаво-роменской дороги [1]). Правительство выкупило 24-го марта 1878 года акціи общества Риго-больдерааской желѣзной дороги и передало эту дорогу обществу Риго-динарбургской дороги [2]). 17-го марта 1878 года послѣдовало Высочайшее повелѣніе о присоединеніи Волго-донской желѣзной дороги къ Грязе-царицинской [3]). Въ настоящемъ 1880 года правительство считаетъ необходимымъ пріобрѣсти отъ подлежащихъ пяти обществъ ихъ без-

---

[1]) П. С. № 55,878 О пріобрѣтеніи казною акцій общества либавской желѣзной дороги и о закрытіи сего общества.

[2]) Собраніе узаконеній и распоряженій правительства, 1878 года № 4 ст. 9. Высочайше утвержденныя 10-го декабря 1877 года условія для передачи риго-больдерааской желѣзной дороги обществу риго-динабургской желѣзной дороги, представленныя правительствующему сенату 21-го декабря,—и № 97 ст. 352. Высочайше утвержденное положеніе комитета министровъ объявленное правительствующему сенату г. министромъ финансовъ 12-го апрѣля.— О дополненіи къ условіямъ передачи риго-больдерааской желѣзной дороги обществу риго-динабургской желѣзной дороги.

[3]) Собр. узак. и расп. правительства 1878 годъ № 90 ст. 326. Высочайше утвержденныя 17-го марта 1878 года условія соединенія желѣзныхъ дорогъ волго-донской и грязе-царицинской.

доходныя линіи: муромскую, новоторжскую, боровичскую, новгородскую и путиловскую, примыкающія къ магистральнымъ путямъ «главнаго общества»,—и передать ихъ этому послѣднему.

«Главное общество» изъявило готовность присоединить къ себѣ пять питательныхъ линій, но въ вознагражденіе за принятіе пяти «бездоходныхъ дорогъ» постановило правительству слѣдующія условія:

1) Акціонеры главнаго общества пользуются «постоянно» половиной чистаго дохода съ николаевской желѣзной дороги, хотя-бы варшавская и нижегородская линіи и не выручали всего гарантированнаго правительствомъ дохода.

2) Акціонеры главнаго общества имѣютъ право на полученіе половины чистаго дохода николаевской желѣзн. дороги «полностію», хотя-бы эта половина и составляла дивидентъ свыше 6 р. 40 к. на акцію.[1])

До сихъ поръ не послѣдовало со стороны русскаго правительства никакого формальнаго рѣшенія по настоящему вопросу о сліяніи пяти бездоходныхъ дорогъ съ сѣтью, находящейся въ управленіи «главнаго общества».

Государство въ началѣ желѣзнодорожнаго дѣла или не рѣшается взять на себя его веденіе (Россія), или устраняется отъ него, вслѣдствіе господствующаго мнѣнія въ обществѣ, что отъ сосредоточенія въ рукахъ правительства управленія всѣми желѣзными дорогами въ странѣ возрастетъ въ слишкомъ значительной степени его могущество (Франція). Теперь, съ развитіемъ желѣзнодорожнаго дѣла, государство поставлено въ необходимость принять въ немъ непосредственное участіе, къ которому оно приводится путемъ принимаемой правительствомъ на себя обязанности гарантировать компаніямъ недовыпученный ими доходъ съ дорогъ, или помощью тѣхъ ссудъ, которыя правительство дѣлаетъ отдѣльнымъ концессіонерамъ, а также вслѣдствіе содѣйствія, оказываемаго правительствомъ отдѣльнымъ мѣстностямъ при сооруженіи ими для нихъ нужныхъ, но малодоходныхъ линій.

Для нагляднаго представленія размѣра долга, обременяющаго частныя желѣзныя дороги въ Россіи предъ русскимъ правительствомъ мы укажемъ на слѣдующія данныя, заимствованныя изъ помѣщенной въ «журналѣ министерства путей сообщенія» за 1879 г., мартъ, таблицы:

---

[1]) Условія «главнаго общества» заимствованы изъ газеты «Берегъ» 1880 г. № 30 «биржевое обозрѣніе».

	Долги правительству съ %. %. по 1 января 1878 года.				
	По гарантіи бумагъ:		По ссудамъ.	За уступленные матеріалы.	Итого.
	Выпущенныхъ обществами.	Выпущенныхъ правительствомъ.			
Итогъ долговъ желѣзнодорожныхъ обществъ { метал. р.	—	70,501,834	37,072,265	—	107,574,099
Итогъ долговъ желѣзнодорожныхъ обществъ { кред. р.	172,799,043	3,511,423	98,674,223	3,246,828	278,231,517
Кромѣ того, по счету долговъ желѣзнодорожному фонду къ 1-му января 1878 года состояло:					
а) По выданнымъ ссудамъ:					
1) Строителю грязе-царицинской желѣзной дороги д. с. с. Губонину (подъ залогъ 14,815 акцій общества этой дороги, на 1,851,875 руб. метал.) . .	—	—	666,675	—	666,675
2) Строителю ряжско-вяземской желѣзной дороги ком. сов. Варшавскому (подъ залогъ 20,000 акцій общества этой дороги, на 2,500,000 руб. метал.)	—	—	2,060,000	—	2,060,000

	Долги правительству съ %% по 1 января 1878 года.				
	По гарантіи бумагъ:		По ссудамъ.	За уступленные матеріалы.	Итого.
	Выпущенныхъ обществами.	Выпущенныхъ правительствомъ.			
3) Строителю ростово-владикавказской желѣзной дороги барону Штейнгелю (подъ залогъ 40,803 акцій общества этой дороги, на 5,100,376 руб. метал.)	—	—	4,817,827	—	4,817,827
Итого по ссудамъ въ кред. р.	—	—	7,544,502	—	7,544,502
и б) По заготовленію желѣзнодорожныхъ принадлежностей (кред. руб.) .	—	—	45,422,161	—	45,422,161
Всего долговъ { руб. метал.	—	**70,501,834**	**37,072,265**	—	**107,574,099**
Всего долговъ { руб. кредит.	172,799,043	3,521,423	151,640,886	3,246,828	331,198,180
или, по среднему курсу, кред. р.	172,799,043	88,113,624	196,127,604	3,246,828	460,287,099

Общая сумма долга желѣзнодорожныхъ компаній въ Россіи правительству равняется 460,287,099 кредитнымъ рублямъ, что составляетъ болѣе четверти общей стоимости всей сѣти русскихъ желѣзныхъ дорогъ, доходящей до 1,619,288,108 кредитныхъ рублей [1]). Долгъ компаній ежегодно возрастаетъ на сумму, приплачиваемую правительствомъ по гарантіи дивидента на затраченный обществомъ капиталъ.

Участіе государства въ желѣзнодорожномъ дѣлѣ примѣняется въ постоянно возрастающихъ размѣрахъ повсюду въ Европѣ, кромѣ Англіи. Сначала государство выкупаетъ менѣе доходныя линіи и передаетъ ихъ въ управленіе отдѣльнымъ компаніямъ, расширяя область ихъ дѣйствія (Regionalsystem) чрезъ присоединеніе питательныхъ вѣтвей, какъ принадлежностныхъ вещей относительно главной,—въ данномъ случаѣ относительно линіи магистральной. Присоединенныя питательныя линіи къ главной, какъ ея принадлежность, не только подчинены одинаковымъ съ ней правиламъ, но извлекаютъ выгоду изъ подобнаго соединенія. Такая выгода выпадаетъ на долю присоединенныхъ питательныхъ путей, когда извѣстная часть чистаго дохода главной линіи отчисляется въ ихъ пользу (systême du deversoir). Мало того, чрезъ сліяніе управленія нѣсколькихъ линій въ одно центральное правленіе долженъ уменьшиться расходъ на содержаніе отдѣльныхъ центральныхъ правленій для каждой дороги особо,—сокращается дѣлопроизводство и сопряженные съ нимъ расходы.

Государство не ограничивается тѣмъ, что выкупленную дорогу передаетъ въ управленіе и содержаніе акціонерной компаніи. Начиная съ половины семидесятыхъ годовъ государство беретъ желѣзныя дороги въ свое исключительное управленіе, огосударствленіе рельсовыхъ путей признается наиболѣе соотвѣтствующей особенностямъ желѣзнодорожнаго дѣла системой содержанія и управленія паровозными путями. Факты оправдали ожиданія.

Французскій министръ де-Фрейсинэ внесъ 12 января 1878 года въ палату представителей законопроекта о выкупѣ десяти желѣзныхъ дорогъ и о предварительномъ подчиненіи ихъ управленію государства. Палата приняла законъ 14 марта и онъ распу-

---

[1]) Журналъ министерства путей сообщенія, 1879, мартъ, стр. 425.

бликованъ 18 мая 1878 года. Затѣмъ правительство издаетъ декретъ о порядкѣ управленія выкупленными линіями, подчиняя ихъ власти (sous l'autorité) министра публичныхъ работъ, непосредственное-же управленіе государственными желѣзными дорогами на основаніи декрета поручается девяти членамъ правленія, которые назначаются президентомъ республики. Экономическіе результаты выкупа упрочили увѣренность въ преимущество государственнаго управленія желѣзными дорогами.

Доходъ дорогъ до выкупа ихъ государствомъ въ 1877 равнялся 12 мил. фр.

Доходъ тѣхъ-же дорогъ послѣ перехода ихъ къ государству въ 1878 достигъ 13 мил. фр.

Въ іюлѣ 1879 года французская палата депутатовъ избрала изъ своей среды коммиссію для разсмотрѣнія дѣйствующаго порядка управленія во Франціи желѣзными дорогами. Въ коммиссіи, состоящей изъ 33 членовъ, на первыхъ-же засѣданіяхъ составлено было постановленіе о пріобрѣтеніи государствомъ всѣхъ желѣзныхъ дорогъ, начавъ съ выкупа линіи между Парижомъ и Орлеаномъ (4,327 километровъ). До сихъ поръ не состоялось окончательнаго постановленія въ палатѣ и вопросъ о выкупѣ сѣти французскихъ желѣзныхъ дорогъ государствомъ остается открытымъ, вызывая оживленное обсужденіе его въ безконечномъ рядѣ статей, появляющихся въ Journal des economistes, Revue des deux mondes и др. Большинство французскихъ писателей склоняется въ пользу сохраненія настоящаго положенія въ дѣлѣ желѣзныхъ дорогъ, т. е. они желаютъ видѣть и далѣе примѣненіе во Франціи системы частныхъ желѣзныхъ дорогъ. Они исходятъ изъ того положенія, что «желѣзнодорожныя компаніи такъ тѣсно связаны во Франціи съ государствомъ, что ослабленіе ихъ поведетъ къ ослабленію самаго государства» [1].

Система однихъ только государственныхъ желѣзныхъ дорогъ упрочилась къ концу 1877 года въ Баваріи, за исключеніемъ прирейской Баваріи (Rheinpfalz). Почти всѣ рельсовые пути Саксоніи перешли въ государственное право собственности и управленіе въ

[1]) «Leur affaiblissement serait un affaiblissement de l'Etat». J. Paixhans, Journal des economistes, 1879 août, «Controle de l'Etat sur les tarifs des chemins de fer».

1878 году. Въ Бельгіи $^2/_3$ желѣзныхъ дорогъ въ настоящее время перешли къ государству. Верхнеитальянская сѣть перешла въ 1878 году въ управленіе государства. Огосударствленіе желѣзныхъ дорогъ хотя въ незначительной степени, но совершило успѣхи также въ Австріи, гдѣ въ 1871 году государство имѣло желѣзныхъ дорогъ длиною только на 13 километровъ, а въ 1878 году протяженіе государственныхъ рельсовыхъ путей достигло 876 километровъ [1]). Въ Россіи государство имѣетъ на правѣ собственности и въ непосредственномъ управленіи одну лишь ливенскую узкоколейную дорогу, длиною 56,8 верстъ, значеніе которой относитъ ее въ разрядъ дорогъ не общеполезныхъ (d'interêt général) но мѣстныхъ, подъѣздныхъ, питательныхъ линій (d'interêt local) [2]). Въ управленіи правительственномъ находится финляндскія желѣзныя дороги [3]). Въ Россіи идея огосударствленія рельсовыхъ путей имѣетъ въ настоящее время одно только теоретическое значеніе, въ ея пользу высказывается большинствомъ изслѣдователей желѣзнодорожнаго дѣла и органовъ періодической печати. Но до окончательнаго рѣшенія мы, русскіе, должны изучить новое и значительное желѣзнодорожное дѣло.

---

[1]) Приведенныя данныя объ успѣхахъ огосударствленія желѣзныхъ дорогъ заимствованы нами изъ приложеній къ законопроекту о пріобрѣтеніи прусскимъ государствомъ въ 1879 году нѣсколькихъ линій: «Zusammenstellung der auf Verstaatlichung der Eisenbahnen gerichteten Vorgänge in Bayern, Sachsen, Belgien, Frankreich, Italien, und Oesterreich» въ Anlage 4 къ № 5 Stenograph. Berichte über die Verhandlungen des Hauses der Abgeordneten.

[2]) П. С. № 48,209 Построеніе правительствомъ узкоколейной желѣзной дороги отъ города Ливенъ до орловско-грязской желѣзной дороги.

[3]) П. С. № 50,287 Положеніе о движеніи по правительственнымъ желѣзнымъ дорогамъ Великаго Княжества Финляндскаго.—П. С. № 53,610-11 Дополненіе и измѣненіе нѣкоторыхъ постановленій положенія о движеніи по правительственнымъ желѣзнымъ дорогамъ въ Финляндіи.

ДОБАВЛЕНІЕ.

Къ вопросу о правѣ собственности на рельсовый путь желѣзнодерожныхъ компаній. — Желѣзнодорожныя поземельныя книги (Eisenbahngrundbuch).

„Gerechtigkeit erhöht ein Volk".

Желѣзныя дороги во Франціи подлежатъ дѣйствію двухъ законодательныхъ актовъ, опредѣляющихъ правила для охраны безопасности при движеніи поѣздовъ. Законъ 15-го іюля 1845 года (loi sur la police des chemins de fer) причисляетъ рельсовые пути къ государственнымъ путямъ сообщенія, назначеніе которыхъ состоитъ вь томъ, чтобы удовлетворить общественной потребности въ передвиженіи, въ силу чего на собственниковъ сосѣднихъ съ желѣзной дорогой земельныхъ участковъ налагается слѣдующіе сервитуты. Собственники такихъ участковъ прилегающихъ къ рельсовому пути, обязаны терпѣть временное занятіе ихъ земель въ случаѣ необходимости при исправленіяхъ на линіи, они не могутъ насаждать деревья ближе извѣстнаго разстоянія отъ полотна дороги, они не могутъ дѣлать стока воды съ своихъ земельныхъ участковъ на паровозную линію, они должны подчиняться правиламъ объ разработкѣ рудниковъ, каменноугольныхъ копей, торфяныхъ залежей, каменоломенъ и мѣстъ добычи песку, производящейся на опредѣленномъ пространствѣ. Собственникъ смежнаго съ рельсовыми путемъ участка земли не въ правѣ сооружать никакихъ зданій, оградъ на рэзстояніи отъ него ближе двухъ метровъ, считая отъ верхняго края выемки или отъ подошвы насыпи. Запрещается крыть соломой зданія, отстоящія ближе 20 метровъ отъ

полотна дороги, а также дѣлать склады невоспламеняющихся предметовъ, напр. складъ камня ближе 5 метровъ. [1])

Ограниченія, налагаемыя на смежныхъ съ линіей желѣзной дороги собственниковъ, въ силу французскаго закона 15-го іюля 1845 года о полиціи на желѣзныхъ дорогахъ,—воспроизводятся съ буквальной почти точностью въ распубликованныхъ для русскихъ рельсовыхъ путей въ 1869 году января 6-го (П. С. № 46,628) «правилахъ о постройкахъ, складахъ, раскопкахъ и разсадкахъ вблизи линій желѣзныхъ дорогъ». Здѣсь опредѣляются правила относительно возводимыхъ зданій, производимой разработки копей, разсадки деревьевъ, стока водъ вблизи желѣзной дороги, вдоль линія или подъ полотномъ пути, указывая для нихъ извѣстное разстояніе отъ пограничной черты отчужденной подъ дорогу земли, отъ пяти до восьмидесяти саженъ. Но «правила», при всемъ своемъ сходствѣ со французскимъ закономъ 15-го іюля 1845 года, не обязываютъ смежнаго съ линіей желѣзной дороги собственника терпѣть временное занятіе принадлежащей ему земли желѣзнодорожной компаніей, нуждающейся въ этой землѣ при починкѣ пути. [2])

Не знаетъ русское желѣзнодорожное право, какъ общее правило, обязательствъ, налагаемыхъ французскимъ правомъ на желѣзнодорожныя общества. Во Франціи компанія должна окопать рельсовый путь по обѣ стороны на всемъ его протяженіи. [3]) Она обязала, на основаніи королевскаго ордонанса 15-го ноября 1846 года (ordonnace royale du 15 novembre 1846 portant règlement sur la police, la sureté et l'exploitation des chemins de fer) содержать заставы на скрещеніяхъ рельсоваго пути съ обыкновенными дорогами (art. 4).

Какое значеніе имѣетъ возложенная закономъ 15 іюля 1845 г. и королевскимъ повелѣніемъ 15-го ноября 1846 года на желѣзнодорожныя компаніи обязанность окапывать эксплоатируемую ими линію и устраивать на ней заставы и ограды? Есть-ли это административная мѣра, принимаемая для предотвращенія несчастныхъ случайностей при движеніи поѣздовъ,—или ограды, заставы и рвы,

[1]) Loi du 15 juillet 1845, art 1—8.

[2]) См. Приложеніе къ примѣчанію 1-му при ст. 575 Уст. Пут. Сооб. по сводн. прод. изд. 76 г.

[3]) Jb. art. 4. «Tout chemin de fer sera clos des deux côtés sur toute l'etendue de la voie».

устраиваемые компаніями вдоль желѣзной дороги имѣютъ значеніе межевыхъ знаковъ, обозначающихъ границой ихъ право собственности на рельсовый путь и его принадлежности?

Французская судебная практика признаетъ ихъ межевыми знаками, проведенными для указанія на полотно дороги и на земли, отчужденныя для потребностей движенія. Поэтому желѣзная дорога окапывается, обносится оградами и закрывается заставами въ интересѣ компаній, какъ собственника дороги, которая должна быть отдѣлена межой отъ сосѣднихъ участковъ. Сосѣдніе владѣльцы не въ правѣ требовать отъ желѣзнодорожной компаніи исправнаго содержанія оградъ, рвовъ и заставъ, ссылаясь на то что, вслѣдствіе неудовлетворительнаго ихъ состоянія, они потерпѣли убытки, отъ того что принадлежащій имъ скотъ, проникнувъ на рельсовый путь, былъ раздавленъ шедшимъ поѣздомъ.

Французскіе суды постоянно отвергаютъ подобныя требованія объ убыткахъ сосѣднихъ съ линіей желѣзной дороги владѣльцевъ къ компаніямъ, основывая свои рѣшенія на слѣдующихъ соображеніяхъ:

«Находя, что по общему положенію ограда, устраиваемая *собственникомъ*, дѣлается имъ въ его собственномъ интересѣ, а не въ интересѣ сосѣднихъ владѣльцевъ,—что въ силу закона 15-го іюля 1845 года и королевскаго ордонанса 15-го ноября 1846 года, желѣзнодорожныя компаніи, какъ учрежденія, преслѣдующія общественный интересъ, должны окопать линію, надъ чѣмъ наблюдаетъ административная власть».

«Находя, что желѣзная дорога окапывается для разграниченія ея полотна отъ смежныхъ участковъ, но не для того, чтобы служить преградой отъ насильственнаго вторженія на дорогу людей и животныхъ».

«Находя, что пастбища, смежныя съ дорогой, могутъ быть сами окопаны,—что слѣдовательно вредъ причиненный животнымъ на желѣзной дорогѣ произошелъ по винѣ самихъ потерпѣвшихъ, не оградившихъ себя достаточной охраной. Постороннее лицо не можетъ быть привлечено къ отвѣтственности за убытокъ, произшедшій по винѣ самаго потерпѣвшаго». [1])

---

[1]) Dalloz, Recueil periodique, 1878, III. 80 Arrêt du tribunal civil de la Seine.

Въ рѣшеніи другаго французскаго трибунала первой степени относительно подобнаго требованія мы читаемъ: «. . . . частныя лица не могутъ требовать отъ желѣзнодорожныхъ компаній, чтобы онѣ содержали въ исправности насыпи и рвы по сторонамъ дороги; они сами обязаны стеречь своихъ животныхъ, предохраняя ихъ отъ того, чтобы послѣднія, проникнувъ на полотно линіи, не были раздавлены идущимъ по ней поѣздомъ». [1])

Практика французскихъ судовъ рѣшительно высказывается за признаніе права собственности акціонерныхъ компаній на рельсовый путь. Многочисленныя ограниченія, налагаемыя по закону на желѣзныя дороги въ интересѣ общественномъ, порождаютъ среди теоретическихъ писателей колебаніе относительно признанія за компаніями права собственности на паровозныя дороги, состоящія въ ихъ эксплоатаціи, и удерживаютъ отъ примѣненія вслѣдъ за французскими судами названія «proprietaire» для желѣзнодорожныхъ компаній.

Какое однако можетъ имѣть вліяніе всѣ налагаемыя на желѣзнодорожныя компаніи ограниченія относительно существа ихъ права на рельсовый путь. Вѣдь земля, на которой проведена линія, куплена компаніей, которая не только обязана соорудить желѣзную дорогу и содержать на ней движеніе, но имѣетъ на это исключительное право, подчиняясь техническимъ условіемъ, при сооруженіи пути и содержаніи движенія, и экономическимъ разсчетамъ, при установленіи платы за провозъ,—при опредѣленіи желѣзнодорожнаго тарифа. На линію желѣзной дороги можетъ быть установленъ вещный сервитутъ въ пользу смежнаго съ ней участка земли, напр. насыпь для полотна дороги не должна быть выше извѣстнаго предѣла, чтобы не препятствовать стрѣльбѣ въ цѣль на полѣ, пересѣченномъ дорогой. Развѣ это не имѣетъ значенія servitus non altius tollendi на служебной участокъ,—линію желѣзной дороги, какъ одинъ изъ видовъ права на чужую вещь, т. е. на вещь, находящуюся въ правѣ собственности другаго лица, въ данномъ случаѣ у желѣзнодорожной компаніи?

На линію желѣзной дороги можетъ быть учреждено право залога, какъ право обратить взысканіе на полотно, рельсовый путь подвижной составъ и всѣ принадлежности дороги въ случаѣ несо-

---

[1]) D a l l o z, ib. Arrêt du tribunal civil de Rouen.

стоятельности компаніи уплатить свои долговыя обязательства. Залогодержатель ограниченъ въ своемъ требованіи на состоящую у него въ залогѣ желѣзную дорогу тѣмъ что не въ правѣ для удовлетворенія своего взысканія остановить движеніе на линіи. Это ограниченіе залоговаго права на рельсовый путь не измѣняетъ его значенія, какъ права вещнаго, предметъ котораго составляетъ сложная вещь (universitas rerum), предназначенная для того чтобы служить орудіемъ передвиженія пассажировъ и грузовъ, но можетъ повести только къ тому, что залоговое право не будетъ имѣть никакой цѣнности [1]), что можетъ случиться и со всякимъ залоговымъ правомъ при обезцѣненіи его предмета. [2])

Право залога обращается на самую желѣзную дорогу, а не пользованіе и доходъ ею доставляемый составляетъ предметъ желѣзнодорожнаго залога. Это положеніе прямо признало въ законѣ швейцарскаго союза о залогѣ и принудительномъ взысканіи съ желѣзныхъ дорогъ, 24-го іюня 1874 года, [3]) въ ст. 9: «право залога можетъ быть установлено на всю сѣть дорогъ, принадлежащую извѣстному обществу, равно на отдѣльныя ея участки. Оно обнимаетъ: *а*) полотно дороги (Bahnkörper) и принадлежащіе къ нему участки земли (Landparzellen) со включеніемъ желѣзнодорожныхъ дворовъ (Bahnhöfe), станціонныхъ зданій, товарныхъ складовъ, мастерскихъ, сараевъ, сторожевыхъ домовъ и всѣхъ другихъ сооруженій, находящихся на полотнѣ дороги и на этихъ участкахъ земли,—*б*) весь подвижной составъ дороги, который становится имуществомъ недвижимымъ по назначеніи (par destination)».

Признавая предметомъ права залога желѣзную дорогу, какъ вещь сложную (universitas rerum), мы признаемъ право собственности залогодателя, т. е. желѣзнодорожной компаніи. Предъ этимъ выводомъ не отступаетъ изслѣдователь желѣзнодорожнаго залогового и конкурснаго права цюрихскій адвокатъ Мейли, онъ рѣшитель-

---

[1]) Dr. Meili, Das Pfand und Concurs-Recht der Eisenbahnen. Leipzig, 1879 « . . . . das Pfandrecht unter Umständen werthlos werden kann» стр. 63.

[2]) «Auch ein anderes gewöhnliches Pfandrecht kann in Folge verschiedener Umstände untergehen oder als sehr precär erscheinen» ib.

[3]) Bundesgesetz über die Verpfändung und Zwangsliquidation der Eisenbahnen auf dem Gebiete der schweizerischen Eidgenosseuschaft, vom 24 Juni 1874.

но говоритъ что «желѣзнодорожной компаніи принадлежитъ право собственности на всю ту землю съ ея принадлежностями, на которой совершается эксплоатація. Право собственности не отмѣняется тѣми ограниченіями въ распоряженіи линіей, которыя государство имѣетъ право наложить на компанію» [1])

Ограниченія эти могутъ быть сведены къ двумъ положеніямъ. Во-первыхъ, желѣзнодорожныя компаніи обязаны содержать движеніе на линіи, не оказывая никому исключительнаго предпочтенія. Во-вторыхъ, онѣ не въ правѣ сами производить торговлю, потому что ихъ назначеніе состоитъ въ томъ, чтобы содѣйствовать торговому обороту, а не пользоваться въ свою выгоду столь могущественнымъ орудіемъ для торга, какъ рельсовой путь.

Оба ограниченія, налагаемыя государствомъ на желѣзнодорожныя компаніи, нисколько не касаются существа ихъ права на состоящіе въ ихъ эксплоатаціи предметы, но опредѣляютъ правоспособность (status, Rechtsfähigkeit) компаній.

Онѣ обязаны совершать перевозку пассажировъ и грузовъ, безъ всякаго кому либо предпочтенія, онѣ не въ правѣ заниматься торговлей. Первое ограниченіе содержится во всѣхъ желѣзнодорожныхъ концессіяхъ всѣхъ странъ, какую систему желѣзнодорожнаго дѣла онѣ ни примѣняли бы. Второе, запрещеніе заниматься торговлей, — выработано практикой французскихъ судовъ и признано въ сочиненіяхъ юристовъ теоретиковъ [2]). Запрещеніе желѣзнодорожнымъ кампаніямъ заниматься торговлею включено въ одну изъ нашихъ русскихъ концессій. Въ Высочайше утвержденныхъ 4-го февраля 1876 года концессіи и уставѣ общества донецкой каменноугольной желѣзной дороги [3]) находится такое правило: «обществу воспрещается добываніе минеральнаго топлива и рудъ и пріобрѣтеніе или учрежденіе заводовъ и равно входить въ обязательства по поставкѣ обществомъ и сбыту онымъ горныхъ и заводскихъ произведеній» (§ 7).

---

[1]) Dr. Meili, das Pfand—und Concurs-Recht der Eisenbahnen, стр. 62.

[2]) J. Bédarride, des chemins de fer, 1876. Tome I-er, chap. 1, n-o 5 «Prohibition faite aux compagnies d'exercer le commerce en dehors de leur exploitation». Здѣсь также указана и практика французскихъ судовъ.

[3]) П. С. № 55,545.

Итакъ мы пришли къ слѣдующему выводу. Желѣзнодорожныя компаніи имѣютъ право собственности на рельсовый путь, находящійся у нихъ въ эксплоатаціи. Правоспособность компаній (status-Rechtsfähigkeit) ограничена въ интересѣ общественномъ, во-первыхъ, обязанностью содержать движеніе на дорогѣ, и во-вторыхъ, запрещеніемъ заниматься торговлей.

Ограниченная правоспособность желѣзнодорожныхъ компаній не лишаетъ ихъ права собственности на эксплоатируемую линію со всѣми ея принадлежностями, какъ не лишены его натаріусъ и маклеръ на предметы, необходимые при отправленіи ихъ профессіи, хотя первый обязанъ совершать акты для всѣхъ тѣхъ лицъ, соторыя къ нему обратятся (Нотар. пол. ст. 21), а послѣдній не въ правѣ заниматься торговлей (Уст. тор. 2,457). Но нотаріусу и маклеру принадлежитъ право собственности на актовыя книги, нотаріальную печать, мебель, находящуюся въ конторѣ, хотя книги должны быть возвращены въ нотаріальной архивъ (Нот. полож. ст. 34), а печать, съ закрытіемъ конторы надпиливается крестообразно (ib. ст. 41).

Право собственности желѣзнодорожныхъ компаній на рельсовый путь и его принадлежности, т. е. на дорожныя сооруженія и подвижной составъ, который по своему назначенію (par destination) признается также имуществомъ недвижимымъ, подобно тому, какъ рабочій скотъ, принадлежащій къ участку земли, считается недвижимымъ,—находитъ свое признаніе въ существующихъ уже въ Венгріи [1]) съ 1868 года, въ Австріи [2]) съ 1874 года желѣзнодорожныхъ поземельныхъ книгахъ (Eisenbahngrundbuch),—и въ предположеніи о введеніи подобныхъ-же книгъ для Германіи. [3])

---

[1]) Венгерскій законъ 7-го апрѣля 1868 года о желѣзнодорожныхъ поземельныхъ книгахъ носитъ слѣдующее названіе: «Gesetz über die abgesonderte centralisirte grundbücherliche Eintragung der Eisenbahnen und Canäle».

[2]) Австрійскій законъ 19-го мая 1874 года о желѣзнодорожныхъ поземельныхъ книгахъ озаглавленъ такъ: «Gesetz betreffend die Anlegung von Eisenbahnbüchern, die Wirkungen der an einer Eisenbahn eingeräumten Hypothekarrechte und die bücherliche Sicherung der Pfandrechte der Besitzer von Eiseubahnprioritätsobligationen». Текстъ закона напечатанъ въ Zeitschrift für Handelsrecht изд. Goldschmidt. XX. N. F. V. стр. 515—534.

[3]) Meili, das Pfand-und Concurs-Recht der Eisenbahnen, стр. 30—31.

Цѣль, съ которой учреждаются желѣзнодорожныя поземельныя книги, состоитъ въ томъ, чтобы объединить въ общемъ перечнѣ все имущество, принадлежащее желѣзнымъ дорогамъ и сдѣлать ихъ способными для кредита. Въ Венгріи съ этой цѣлью вводится одна *центральная желѣзнодорожная книга* (Central-Grundbuch), куда записывается каждая желѣзнодорожная компанія, права которой распредѣляются на нѣсколькихъ отдѣльныхъ листахъ въ поземельной книгѣ:

Первый,—*главный листъ* (Hauptblatt) содержитъ названіе,—фирму предпріятія, съ указаніемъ происходящихъ въ ней перемѣнахъ. Здѣсь означается также мѣстопребываніе правленія.

Второй,—*листъ собственности* (das Eigenthumsblatt) заключаетъ отмѣтки о переходѣ права собственности на совокупность недвижимаго имущества, составляющаго желѣзную дорогу, и о налагаемыхъ на нее ограниченіяхъ.

Третій,—*листъ владѣнія* (Besitzblatt) указываетъ тѣ земельные участки, на которые желѣзнодорожная компанія не имѣетъ права собственности, но одно только владѣніе, такъ какъ земля, по которой мѣстами проходитъ линія принадлежитъ общинамъ (Gemeinsbanne). Такіе участки въ Венгріи носятъ особое названіе «Hotter».

Четвертый,—*листъ ограниченій* (Belastungsblatt) перечисляетъ всѣ сервитуты, которымъ подлежитъ желѣзная дорога.

Въ Австріи не существуетъ одной центральной желѣзнодорожной поземельной книги, но для каждой желѣзной дороги открывается въ поземельной книгѣ, ведущейся при судахъ первой степени,—*отдѣлъ* (Einlage), распадающійся на слѣдующія части, для которыхъ въ книгѣ отводится отдѣльные листы:

1) *Листъ описи* (Bahnbestandblatt) содержитъ:

а) *въ надписи*—указаніе названія и направленія линіи;

б) *въ первомъ отдѣлѣ*—перечень отдѣльныхъ участковъ желѣзной дороги;

в) *во второмъ отдѣлѣ*—переименованіе всѣхъ сервитутовъ, принадлежащихъ компаніи на смежныя земли.

2) *Листъ собственности* (Eigenthumsblatt), куда вносятся названіе фирмы,—мѣстопребываніе компаніи и указывается ея правоспособность, здѣсь въ особенности отмѣчается право государства

выкупить и возвратить къ себѣ дорогу (Einlösungs-und Heimfallsrecht des Staats).

3) *Листъ ограниченій* (Lastenblatt) состоитъ изъ двухъ частей:—первая заключаетъ перечень тѣхъ ограниченій, которыя надаютъ на все имущество дороги;—вторая содержитъ наименованія ограниченій, идущихъ на отдѣльные участки линіи.

Наконецъ въ Германіи, законопроектъ о желѣзныхъ дорогахъ даетъ такое положеніе: «*поземельная книга указываетъ единство линіи и собственника дороги*»:—«das Eisenbahnbuch bezeichnet die Bahneinheit und den Eigenthümer der Bahn». [1])

Учрежденіе желѣзнодорожныхъ поземельныхъ книгъ (Eisenbahngrundbuch) примѣняетъ такъ называемую ипотечную систему записи (транскрипція) права собственности на имущество недвижимое къ рельсовымъ путямъ съ ихъ принадлежностями, желѣзнодорожными дворами, станціями и подвижнымъ составомъ, который также считается имуществомъ недвижимыхъ по назначенію (par destination), а не по свойствамъ, препятствующимъ передвиженію предметовъ безъ ихъ поврежденія.

Ипотечная система записи вотчинныхъ правъ на недвижимое имущество не ограничивается записью однаго только права собственности, но служитъ также для укрѣпленія залоговаго права, объектомъ котораго является такая вещь сложная (universitas rerum), какъ желѣзная дорога. Ипотечная запись залоговаго права но рельсовый путь опредѣляется въ «законѣ 24-го іюня 1874 г. швейцарскаго союза о залогѣ и принудительномъ взысканіи съ желѣзныхъ дорогъ». [2]) На основаніи этого закона залогъ на желѣзныя дороги въ предѣлахъ швейцарскаго союза устанавливается съ разрѣшенія (Bewilligung) союзнаго совѣта (Bundesrath). Разрѣшеніемъ укрѣпляется окончательное право залога, если имъ обезпечивается существующее долговое отношеніе,—или устанавливается пред-

[1]) Meili, das Pfand—und Concurs-Recht der Eisenbahnen, стр. 30.

[2]) Bundesgesetz über die Verpfändung und Zwangsliquidation der Eisenbahnen auf dem Gebiete der schweizerischen Eidgenossenschaft, vom 24 Iuni 1874. Текстъ закона напечатанъ въ приложеніяхъ къ изслѣдованію Мейли—Pfand-und Concurs-Recht. Онъ изданъ во французкомъ переводѣ въ Annuaire de législation étrangère 4-me année pag. 480—89 съ примѣчаніями аудитора государственнаго совѣта г-на К. Верже.

варительное право залога, если въ виду имѣется предстоящій заемъ. Въ послѣднемъ случаѣ право залога становится окончательнымъ чрезъ взносъ вѣрителемъ суммы займа.

Для залога желѣзныхъ дорогъ должна быть учреждена особая залоговая книга (Pfandbuch). Въ нее вносятся всѣ существующіе и вновь возникающіе залоги, смотря по суммѣ долга, по порядку возникновенія, и по тѣмъ условіямъ, которыя будутъ установлены. Съ этой цѣлью союзному совѣту всякій разъ сообщается объ результатахъ заключаемаго займа (ст. 1, 4—5 Bundesgesetz über die Verpfändung der Eisenbahnen).

Права залогодержателей, требованія которыхъ къ желѣзнодорожной компаніи обезпечены залогомъ рельсоваго пути,—опредѣлены слѣдующимъ образомъ въ законѣ швейцарскаго союза 24-го іюня 1874 годъ: «залогодержатели не въ правѣ препятствовать пользованію дорогой, равно они не въ правѣ предъявлять требованіе къ подвижному составу и строеніямъ дороги на основаніи происшедшихъ перемѣнъ во владѣніи землею, по которой пролегаетъ дорога. Право залога ограничено сооруженной дорогой и подвижнымъ составомъ ея въ томъ видѣ, какъ все это окажется во время принудительнаго взысканія. Залогодержатели однако имѣютъ право предъявлять возраженія противъ продажи дороги или отдѣльныхъ ея участковъ,—противъ отчужденія большей части подвижнаго состава,—противъ сліянія съ другими дорогами, если отъ этого можетъ пострадать обезпеченность ихъ залоговаго права» (ст. 10 ib.)

Слѣдовательно праву залога подлежитъ желѣзная дорога въ томъ видѣ въ какомъ она окажется при обращеніи требованія ко взысканію,—а не въ томъ состояніи, въ которомъ она была при установленіи залоговаго права. Поэтому залогъ распространяется на вновь проложенный второй рельсовый путь, такъ какъ залогодержатели «желаютъ пріобрѣсти залоговое право на всю линію, какой она окажется». [1])

Далѣе право залога ограничивается одной желѣзной дорогой и ея принадлежностями. Поэтому не подлежитъ залогу концессія.

---

[1]) Meili, Pfand-und Concurs-Recht der Eisenbahnen. стр. 52 «Die Gläubiger wollen das Pfandrecht nicht bloss an den bei der Pfanderrichtung vorhandeden Objecten der Unternehmung, sondern an der gesammten Eisenbahn in ihrer dereinstigen Ausführung erwerben».

Въ этомъ случаѣ можно было-бы, пожалуй, считать возможнымъ закладъ концессіи, какъ имущества движимаго (Faustpfand), но «независимо отъ того что существенное условіе для залога должно быть имущественная стоимость закладываемаго предмета—весьма сомнительно обязано-ли государство разрѣшать передачу концессіи въ третьи руки». [1]) Въ этомъ смыслѣ справедливо замѣчаніе Фёрстера, что желѣзнодорожныя права не подлежатъ залогу, но только въ этомъ, а не въ томъ широкомъ смыслѣ, которое онъ даетъ своему мнѣнію, исключая желѣзныя дороги вовсе изъ числа предметовъ, подлежащихъ залоговому праву. [2])

Два закона, швейцарскій 24-го іюня 1874 года и австрійскій 19-го мая 1874 года, [3]) признаютъ право залога на желѣзныя дороги,—первый даетъ болѣе пространное опредѣленіе, изложенное въ одинадцати статьяхъ—второй же болѣе общее, занимающее только двѣ статьи (§ 46—47), но оба они одинаково допускаютъ возможность права залога на желѣзную дорогу, хотя право это и ограничено, какъ всѣ отношенія желѣзнодорожныя, господствомъ интереса общественнаго, не устраняющаго однако совершенно возможности частныхъ правъ на линіи, предназначенныя служитъ общей потребности всѣхъ въ передвиженіи. На основаніи этихъ интересовъ частныхъ и общихъ, швейцарскій законъ о залогѣ желѣзныхъ дорогъ указываетъ, что «залогодержатели не въ правѣ препятствовать пользованію дорогой» (ст. 10).

Какое матеріальное основаніе могутъ привести желѣзнодорожныя компаніи въ подкрѣпленіе своего права собственности на рельсовый путь, правда ограниченнаго обязанностью предоставить его въ общее пользованіе всѣхъ?

---

[1]) Meili, ib. стр. 63. «Die Verpfändung einer Concession muss sonach als unstatthaft resp. unwirksam erklärt werden».

[2]) Förster, Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preussischen Privatrechts. III, 387. «Die Eisenbahngerechtigkeit ist nicht verpfändbar, weil weder körperliche Uebergabe des Eisenbahnkörpers und der zum Betrieb dienenden Sachen noch Eintragung möglich ist».

[3]) Oesterreich. Gesetz, betreffend die Anlegung von Eisenbahnbüchern die Wirkung der an einer Eisenbahn eingeräumten Hypothekarrechte und die bücherliche Sicherung der Pfandrechte der Besitzer der Eisenbahn-Prioritätsobligationen. § 46—47. Названный закономъ помѣщенъ въ Zeitschrift für Handelsrecht изд. Goldschmit'а, т. 20, новая серія т. 5, стр. 517—34.

Рельсовый путь производитъ существенное измѣненіе въ свойствахъ той мѣстности, чрезъ которую пролегаетъ. Измѣненія касаются не однихъ только хозяйственныхъ ея условій и наружнаго вида земли, по которой проведена желѣзная дорога, но они отражаются въ области права, налагая сервитуты на смежныхъ съ рельсовымъ путемъ владѣльцевъ. Такія измѣненія производитъ тотъ только рельсовый путь, на которомъ движеніе совершается силой пара, воды или элетричества, [1]) т. е. такой механической силой, посредствомъ которой поднимается громадный грузъ. Требуя значительныхъ денежныхъ средствъ для своихъ приспособленій, такіе пути окончательно измѣняютъ назначеніе тѣхъ участковъ, по которымъ они проходятъ. Прежде ни чѣмъ не отличавшіяся полосы земли, теперь становятся отмѣченными цѣпью возведенныхъ на нихъ сооруженій, рѣзко отдѣляющихъ ихъ отъ смежныхъ участковъ, создавая изъ прежде съ ними сходной вещи—новую вещь, имѣющую исключительное и опредѣленное назначеніе—служитъ для удобнаго, быстраго, всѣмъ доступнаго передвиженія. Такое измѣненіе произвела желѣзнодорожная компанія, за ней мы должны признать право спецификанта на созданную ею вещь. Компанія, занявъ земли подъ полотно дороги, измѣняетъ совершенно ихъ первоначальное положеніе, занятыя подъ рельсовый путь земли получаютъ новое назначеніе, изъ котораго компанія извлекаетъ выгоду, и она укрѣпляетъ за собою право собственности на эти земли. [2])

Существенныя измѣненія совершаетъ только такой рельсовый путь, движеніе на которомъ производится силой пара, воды или

---

[1]) Желѣзныя дороги съ электрической передачей движенія устроены въ Берлинѣ на выставкѣ Сименсомъ и горнозаводчикомъ Корномъ въ каменноугольныхъ копяхъ. Настоящее свѣдѣніе заимствовано изъ доклада г. Чикалева, 30-го апрѣля 1880 года въ русскомъ техническомъ обществѣ въ Петербургѣ. Докладъ помѣщенъ въ «*Московскихъ вѣдомостяхъ*» 1880 годъ 7-е мая.

[2]) Этого взгляда держится французская судебная практика. Такъ кассаціонный судъ въ рѣшеніи, состоявшемся въ 1869 г., по иску казны къ компаніи западной желѣзной дороги о вознагражденіи за отошедшую подъ линію часть морскаго берега (portion de mer), признаетъ, что «занятіе берега ставитъ его въ исключительную и полную зависимость компаніи,—занятая часть берега *получаетъ новое назначеніе*,—весь вопросъ относится къ праву собственности». D a l l o z, Recueil periodique de jurisprudence. 1869. I. 220—21.

электричества, для приспособленія котораго необходимы существеныя измѣненія, постоянное, дорогостоющее устройство. Съ этой цѣлью совершается отчужденіе земель изъ частнаго права собственности для нуждъ дороги въ право собственности желѣзнодорожной компаніи, которая пріобрѣтаетъ исключительное право на доходы съ устроеннаго ею на отошедшихъ подъ дорогу участкахъ земли рельсоваго пути, придназначеннаго служить для удовлетворенія общей потребности въ передвиженіи. Поэтому становится понятно правило нашихъ, русскихъ, желѣзнодорожныхъ концессій, что «акты на пріобрѣтеніе земель, отходящихъ подъ желѣзную дорогу и ея принадлежности, пишутся на простой гербовой бумагѣ и не подлежатъ уплатѣ крѣпостныхъ пошлинъ» (§ 20 устава общества донецкой каменноугольной желѣзной дороги. П. С. № 55,545). [1])





[1]) Если мы не ошибаемся, то въ одномъ изъ засѣданій въ мартѣ или апрѣлѣ 1880 года, петербургское юридическое общество рѣшило отрицательно вопросъ о правѣ собственности желѣзнодорожныхъ компаній на рельсовый путь. Намъ неизвѣстны тѣ основанія, которыя привели къ подобному рѣшенію. Остается только пожалѣть, что протоколы петербургскаго юридическаго общества чрезвычайно поздно печатаются, хотя не представляла-бы большаго затрудненія публикація обществомъ стенографическихъ отчетовъ своихъ засѣданій, разсылка которыхъ въ провинціальныя юридическія учрежденія,—университеты, лицей, суды,—могла-бы значительно содѣйствовать научному познанію права.

